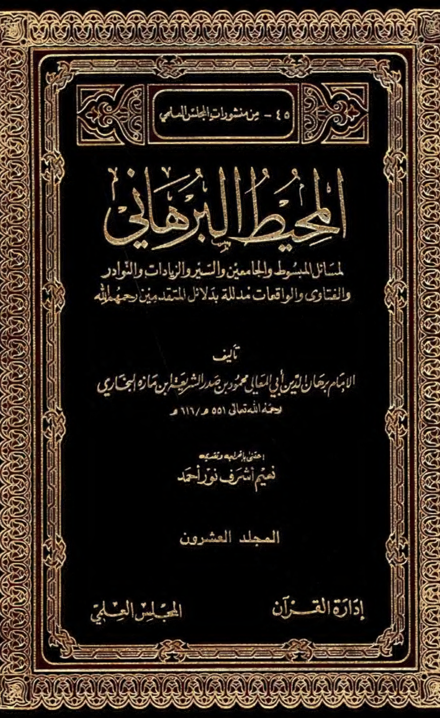
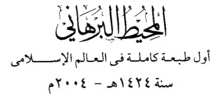

٤٥ - من منشورات المجلس العلمي
المحيط البرهاني
لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله
تأليف
الامام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ
نعيم أشرف نور أحمد
المجلد العشرون
إدارة القرآن
المجلس العلمي



أول طبعة كاملة فى العالم الإسلامى

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دى گاردن ايست لسبيله كراتشى ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٣٨٨ فاكس: ٠٠٩٢٢١-٧٧٢٣٦٨٨
* اردو بازار، ايم اے جناح روڈ كراتشى تلفون: ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1 إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

طبع في مؤسسة نزيه كركي — بيروت — لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض ، السعودية

كتاب الجنايات

هذا الكتاب يشتمل على ثمانية وعشرون فصلا :

الفصل الأول : فى بيان أنواع الجنايات وأحكامها .

الفصل الثانى : فى الجناية على النفس ما يجب بها القصاص وما لا يجب .

الفصل الثالث : فى بيان أصناف الدية .

الفصل الرابع : فى الجنايات فيما دون النفس ما يجب فيها القصاص ، وما يجب فيها الدية ، وهو أنواع : منها : فى الشِجاج وفيه حكومة العدل ، ومنها : فى شعر الرأس وغيره ، ومنها : فى جلدة الرأس أو البدن ، وفى لحم الخدين والظهر والبطن والذقن ، وفى اللطمة والوكزة وأمثالها ، ومنها : فى الأذن ، ومنها : فى العين ، ومنها : فى الأنف ، ومنها : فى الشفتين ، ومنها : فى الأسنان ، ومنها : فى اللسان ، ومنها : فى اللحيين ، ومنها : فى اليد والأصابع ، ومنها : فى الضلع والثدى والذكر والأعضاء المتفرقة ، ومنها : فى الجناية على أطراف الصبيّان والنسوان ، ومنها : فى تقدير الأشياء التى يجب بإتلافها الدية فيما دون النفس ، ومنها : فى الجناية تقع على عضو ، ويتعدّى إلى آخر ، ومنها : فى مسائل التداخل .

الفصل الخامس : فيما يجب على القاتل من ضمان الجنايات وما لا يجب .

الفصل السادس : فى معرفة العاقلة وكيفية تحملهم .

الفصل السابع : فى بيان من يستحق القصاص ، ومن يثبت له ولاية الاستيفاء .

الفصل الثامن : فى الجنايات على نفس الرقيق وأطرافهم .

الفصل التاسع : فى جنايات الرقيق .

الفصل العاشر : فى جناية المكاتب والمدبّر وأم ولد ، والجناية عليهم .

الفصل الأول
فى بيان أنواع الجنايات وأحكامها

١٩٠٥٩- فنقول : الجناية الواردة على الآدمى نوعان : نوع يرد على النفس، ونوع يرد على الطرف، والنوع الوارد على الطرف يسمّى قطعًا وجرحًا وشجة، والنوع الوارد على النفس يسمّى قتلا، فنبدأ ببيان النوع الوارد على النفس وأحكامه؛ لأن أمر النفس أهم.

فنقول : وبالله التوفيق، القتل الموجب للضمان على ثلاثة أوجه : عمد، وخطأ، وشبه عمد، وهو معنى قول محمد رحمه الله : فى الأصل القتل ثلاثة، فالعمد أن يتعمد الإنسان قتل من لا يحلّ قتله بالحديد سواء كان سلاحًا نحو السيف والسكين والرمح أو لم يكن سلاحًا نحو الإبرة والأشفى، وسواء كان له حدة ببضع بضعًا، أو ليست له حدة برض رضا كالعمود وسنجة الميزان، وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام : «لا قود إلا بالسيف»[1]، وفى رواية : «لا قود إلا بالسلاح»، وفى رواية : «لا قود إلا بالحديد»، فهذا يبيّن لك أن العبرة فى هذا الباب للحديد، هذا كله على رواية "الأصل".

وفى "المنتقى" أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله : فى رجل ضرب رجلا بإبرة أو بشىء يشبه الإبرة متعمدًا، وقتله فلا قود، وأما المِسَلّة ففيها القود.

وذكر شمس الأئمة السرخسى فى ديات "الأصل" : فى الإبرة أنها إذا أصابت المقتل يجب القود.

---

(١) أخرجه الترمذى فى "سننه" ٤/ ١٥ حديث (١٣٩٤) وابن ماجه فى "سننه" أيضًا ٢/ ٨٨٠ و٨٨٩ حديث (٢٦٦٦ و٢٦٦٨) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٥/ ٤٣٢ حديث (٢٧٧٢٢) والدارقطنى فى "سننه" كتاب الديات ٣/ ١٠٦ حديث (٨٣) والبيهقى فى "الكبرى" ٨/ ٦٣ حديث (١٥٨٧٠) والطحاوى فى "معانى الآثار" ٣/ ١٧٩-١٨٠، والبزار فى "مسنده" ٩/ ١١٥ حديث (٣٦٦٣) والطبرانى فى "الكبير" ١٠/ ٨٩ حديث (١٠٠٤٤) وفى علل ابن أبى حاتم ١/ ٤٦١ حديث (١٣٨٨).

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه إذا قتله بسنجة حديد أو عمود لا حدّ له ، فهو ليس بعمد محض حتى لا يجب القصاص ، بل هو خطأ عمد ، وعلى قولهما : إن كان الغالب منه الهلاك ، فهو عمد محض ، فيوجب القصاص وإن لم يكن الغالب منه الهلاك ، فهو خطأ عمدًا ، فهما على رواية "الأصل" ألحقا الحديد الذي لا حدّ له بالسيف ، وعلى رواية الطحاوي : ألحقاه بالخشب ، والجواب في الخشب الذي لا حدّ له عندهما على التفصيل ، إن كان الغالب منه الهلاك ، فهو عمد محض ، وإلا فهو خطأ عمد ، وكذلك كل ما كان من جنس الحديد نحو الصفر والرصاص ، والذهب والفضة ، والنحاس والآنك ، فحكمه حكم الحديد ، إن كان له حدة ببضع بضعًا ، فإذا حصل[1] القتل به ، فهو عمد محض باتفاق الروايات ، وإن لم يكن له حدة ، فعلى رواية الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله : هو خطأ عمد ، وعندهما : إن كان الغالب منه الهلاك ، فهو عمد محض .

وإن لم يكن الغالب منه الهلاك منه ، فهو خطأ عمد ، وعلى رواية "الأصل" : إن حصل القتل بالصفر أو النحاس أو بالذهب أو بالفضة ، فهو عمد محض ؛ لأن النبي عليه السلام نفى القود إلا بالحديد ، والحديد يتخذ منه السلاح ، وهذه الإشياء يتخذ منها السلاح أيضًا ، فالنص الوارد في الحديد يكون واردًا في هذه الأشياء أيضًا ، فأما إن حصل الضرب بالرصاص والآنك ولا حدة له فهو خطأ العمد باتفاق الروايات ؛ لأنه لا يتخذ منها السلاح ، فالنص الوارد في الحديد لا يكون واردًا فيهما دلالة ، وما لم يكن من جنس الحديد إن عمل عمل[2] الحديد في البضع وتفريق الأجزاء ، فهو عمد محض ، ويجب فيه القصاص ، وذلك نحو الإحراق بالنار ؛ لأنه يعمل عمل الحديد ، فإنه يشق الجلد ، وكذلك كل ما له حدة نحو الزجاج والبطة القصب والحجر الذي له حدة والخشب الذي له حدة ، فهذا كله يعمل عمل الحديد ، فهو عمد محض ، وفيه القصاص .

---

(١) وكان في ظ : "فحصل" .

(٢) هكذا في الأصل ، وكان في غيره : "عمد" مكان : "عمل" .

وعن هذا قلنا : من أجاف[١] غيره برمح لأسنان فيه ، أو رماه بسهم لا نصل له وجرحه وقتله ، يجب القصاص .

وفي "المنتقى" عن محمد رحمه الله : إذا تعمدت شيئًا من إنسان ، فأصبت شيئًا آخر منه سوى ما تعمدته ، فهو عمد محض ، وإن أصبت غيره يعني غير ذلك الإنسان ، فهو خطأ .

قال هشام : تفسير هذا رجل تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ ، فأصاب عنق ذلك الرجل ، فأبان رأسه وقتله ، فهو عمد ، وفيه القود ، ولو أراد يد هذا الرجل ، فأصاب عنق غيره ، فهو خطأ ، وفي البقالي إذا قصد رأسه بالعصا ، فأصاب عينه ، فعليه الأرش في ماله ؛ لأنه تعمد ضربه ، ولو كان له أن يقطع كف رجل في قصاص له قبله ، فأراد[٢] أن يضرب كفه بالسيف ، فأصاب اليد من المنكب ، فأبانها فضمانه في ماله ؛ لأنه عمد محض ، ولا قصاص فيه ؛ لأنه كان له أن يقطع كفه ، ولو رمى قلنسوة على رأس رجل ، فأصاب الرجل ، فهذا خطأ ؛ لأن القلنسوة ليست من بدن الرجل .

قال هشام : قلت : رجل رمى إنسانًا بسهم فأخطأ ، فأصاب السهم حائطًا ، ثم عاد السهم ، وأصاب ذلك الإنسان وقتله ، قال : هذا خطأ ، ولو نوى ثوبًا ، فضرب رأس رجل ، فشجه موضحة ، فهو عمد ، ولو مات من ذلك صار خطأ ، ذكره في "العيون" .

١٩٠٦٠- وفي "الأجناس" : ما ليس بسلاح فيما دون النفس عمد ، ومن حكم القتل العمد الإثم في الآخرة ، إذا كان القاتل مخاطبًا ، ومن حكمه وجوب القصاص عينًا عندنا بشرط أن يكون القاتل مخاطبًا ، وإن يكون المقتول معصوم الدم عصمة أبدية ، حتى لا يجب القصاص بقتل المستأمن وإن كان له دم معصوم ؛ لأن عصمة دمه ليست بأبدية ، بل هي مؤقتة إلى غاية خروجه عن دارنا ، وأن لا يكون بينهما شبهة ولاد ولا شبهة ملك حتى لا يقتل الرجل بولده ولا بولد ولده ، وإن سفل ، ولا بمملوكه ولا بمملوك مملوكه ، ومن حكمه حرمان القاتل عن الميراث .

١٩٠٦١- ولا كفارة في هذا القتل عندنا ؛ لأن الله تعالى جعل جهنم جزاء قاتل

---

(١) أجاف : الطعنة .

(٢) هكذا في ظ وف ، وكان في غيرهما : "فإن أراد" .

العمد، والجزاء اسم لما يقع به الكفارة، وإنه ينفي وجوب الكفارة.

وأما قتل الخطأ فهو أن يقصد شخصًا بالقتل، فيصيب غيره، فيقتله نحو أن يرمى إلى صيد قاصدًا قتله، فأصاب مسلمًا أو ذميًا، فهذا خطأ محض؛ لأن لم يقصد قتله إنما قصد قتل غيره، وكذلك إذا رمى إلى حربى، فأصاب مسلمًا أو ذميًا، فهذا خطأ محض، وكذلك إذا رمى إلى شخص ظن أنه مباح الدم، فإذا هو حرام الدم، بأن رمى إلى شخص ظن أنه حربى، فإذا هو مسلم قبل ذلك، فأصابه وقتله، فهذا خطأ باعتبار صفة الحرمة[1] إن لم يكن خطأ باعتبار العين.

ولو كان نائمًا، فانقلب على إنسان وقتله، أو سقط من سطح على إنسان وقتله، أو سقط من بده لبنة أو خشبة، وأصابت إنسانًا وقتله، أو كان على دابة، فوطئت دابته إنسانًا، فهذا كله قتل الخطأ مباشرة.

١٩٠٦٢- ولو حفر بئرًا، أو وضع حجرًا على قارعة الطريق، أو أخرج جناحًا أو كنيفًا، أو كان سائقًا دابته، فتلف به إنسان، فهذا كله قتل الخطأ تسبيبًا، ومن حكم هذا القتل وجوب الدية على العاقلة فى ثلاث سنين، أما وجوب الدية فلقوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أهلِهِ﴾[2]، ولقوله عليه السلام: «فى النفس المؤمنة مائة من الإبل»[3]، وأما الوجوب على العاقلة عرف ذلك بأثر رسول الله ﷺ، وأما الوجوب فى ثلاث سنين عرف ذلك بأثر عمر رضى الله عنه.

ومن حكمه وجوب الكفارة إلا فى القتل تسبيبًا كحفر البئر على قارعة الطريق، وما أشبهه، والكفارة تحرير الرقبة فى حق الواجد، وصيام شهرين متتابعين فى حق غير الواجد، وهذه الكفارة تفارق سائر الكفارات من وجهين: أحدهما: أن فى هذه الكفارة يشترط الأيمان فى الرقبة، وفى سائر الكفارات لا يشترط، والفارق النص.

---

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: "الحربية".

(٢) سورة النساء: الآية ٩٢.

(٣) أخرجه المروزى فى "السنة" ١/ ٦٦ حديث (٢٣٦) وذكره ابن حجر فى "تلخيص الحبير" ٤/ ٢١ حديث (١٦٩٤) وأخرجه البيهقى فى "سننه الكبرى" ٨/ ١٠٠ حديث (١٦١١٥) كتاب الديات: باب دية أهل الذمة فى رواية أبى أويس.

والثانى : أنه لامدخل للإطعام فى هذه الكفارة حتى إنه إذا عجز عن الصوم لا يجزئه الإطعام، وله مدخل فى سائر الكفارات حتى إن المظاهر أو المفطر إذا عجز عن الصيام، جاز له الإطعام، ولا قصاص فى هذا القتل اجتمعت الأمة عليه، ومن حكمه حرمان القاتل عن الميراث إلا فى القتل بطريق التسبيب، فالقتل بطريق التسبيب، لا يوجب حرمان القاتل عن الميراث؛ لأن القتل لم يوجد منه حقيقة؛ لأنه لا تصرف فى الجهة، إنما يصرف فى محل آخر إلا أن الشرع الحق التسبيب بالمباشرة على خلاف الأصل فى حق إيجاب الضمان، فيبقى فى حق الكفارة، وحرمان الميراث على الأصل.

قال الكرخى فى كتابه : ولا إثم فى هذا القتل يعنى فى القتل بطريق التسبيب، قالوا : أراد به إثم القتل، أما يأثم إثم الحفر، ووضع الحجر على طريق المسلمين.

١٩٠٦٣- وأما شبه العمد فقد ذكر شيخ الإسلام فى شرحه : أن شبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح، ولا هو فى معنى السلاح، ويكون قصده الضرب والتأديب دون الإتلاف، سواء كان الهلاك منه غالبًا كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبير، أو لم يكن الهلاك منه غالبًا كالعصا الصغير والسوط الصغير، وإذا قتله به، فهو شبه العمد، سواء والى بين الضربات أو لم يوالِ.

وعندهما : إن تعمد الضرب بما كان الغالب منه الهلاك، فهو عمد محض يجب القصاص، وإن تعمد الضرب بما لم يكن الهلاك منه غالبًا منه كالسوط الصغير، فإن لم يوالِ فى الضرب، فهو شبه العمد عندهما بلا خلاف، وإن والى فى الضرب، فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما، بعضهم قالوا : إنه عمد محض، وبعضهم قالوا : إنه شبه العمد.

ومن حكم هذا القتل الإثم، وإنه ظاهر، ومن حكمه وجوب الدية مغلظة على العاقلة.

روى ذلك مغيرة بن شعبة عن رسول الله ﷺ[1]، وعليه إجماع الصحابة، فالأصل أن كل دية تجب بالقتل ابتداء لا بمعنى تحدث من بعد، فهى على العاقلة، ومن حكمه

(١) أشار إليه البيهقى فى "الكبرى٨/ ٦٩ وأبو داود ٤/ ١٨٩ وابن عبد البر فى "التمهيد" ١٧/ ٣٥٢.

الكفارة؛ لأن شبه العمد خطأ حكمًا، حتى وجبت الدية فيه على العاقلة، فكذا فى حق الكفارة.

وعن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا كفارة فيه ولا قصاص؛ لأن الشرع جعل القصاص موجب العمد المطلق، وقد تمكنت الشبهة فى هذا القتل فى القصد، فلا يكون عمدًا مطلقًا، وليس فيما دون النفس شبه العمد بخلاف النفس.

قال القدورى فى كتابه: ما جعل شبه عمد فى النفس، فهو عمد فيما دون النفس، وهذا لأن حد شبه العمد فى النفس أن يتعمد الضارب الضرب، ولا يقصد الإتلاف إنما يقصد التأديب، وذلك إنما يتحقق فى النفس؛ لأن إتلاف النفس لا يقصد بالسوط، وإنما يقصد بالسلاح وكان القتل بالسوط شبه عمد؛ لأنه من حيث إنه تعمد الضرب متعمد، ومن حيث إنه ما تعمد القتل، إنما تعمد التأديب[1] مخطئ، فكان شبه عمد، وهذا الحد لا يتأتى فيما دون النفس؛ لأن ما دون النفس كما يقصد بالإتلاف بالسلاح يقصد بالإتلاف بغير السلاح، وكان الضرب بالخشب والسوط فيما دون النفس عمدًا باعتبار الضرب والإتلاف جميعًا، فصار الخشب فيما دون النفس بمنزلة السلاح فى النفس، فلهذا وقع الفرق بين النفس وما دونها فى شبه العمد إذا ضرب آخر بيده أو بنعله أو بشىء لا يقصد بمثله القتل، فمات من ذلك، قال زيد ابن عمر: هو شبه العمد، وقال الحسن ابن زياد: إذا ضربه واحدة يخاف على مثلها بعد ذلك فهو خطأ، وإن والى فى الضربات فهو شبه العمد -والله أعلم-.

١٩٠٦٤- وفى "نوادر ابن سماعة" سئل محمد: عن رجل شجّ رجلا موضحة شبه العمد قال: لايكون الموضحة شبه العمد؛ لأنه إن تعمد ففيه القصاص، وإن لم يتعمد كان خطأ، فلاتكون الموضحة شبه العمد بين الأجنبى، وقد تكون من الوالدين، والجد وكل من لا يقتصّ منه، فيكون ذلك عليه مثل شبه العمد فى ماله -والله أعلم-.

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "وإنما تعمد التأديب، والتأديب مخطئ".

الفصل الثانى
فى الجناية على النفس ما يجب بها القصاص وما لا يجب

١٩٠٦٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": رجل ضرب رجلا بمر[1] فقتله، فإن أصابه بالحديد قتل به، وإن أصابه بالعود، ففيه الدية، هكذا ذكر، ولا شك أنه إذا أصابه حد الحديدة وجرحه إنه يجب القصاص عند الكل، وإن أصاب ظهره، ولم يجرحه، فلا شك أن على قولهما: يجب القصاص؛ لأن المر قاتل لا يلبث.

وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: فعلى ما ذكر فى "الأصل" أن العبرة للحديد لا للجراحة، يجب القصاص، وعلى ما ذكر الطحاوى عنه: أن العبرة للجرح لا يجب القصاص، وقوله فى الكتاب: وإن أصابه بالعود، ففيه الدية يحتمل أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله، أما على قولهما: يجب القصاص كما لو ضربه بالحجر الكبير أو الخشبة الكبيرة، وإليه ذهب بعض المشايخ، وعامتهم على أن هذا قول الكل؛ لأن هذا مما لا يقتل غالبًا، وهما يعتبران غلبة الهلاك فى آلة ليست بجارحة، ومن هذا الجنس ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند": إذا ضرب رجلا بالكافر كرب، وقتله إن ضربه من قبل الحديد، ففيه القصاص، وإن ضربه من قبل الخشبة، فلا قصاص فيه، هكذا ذكر، ويجب أن يكون الكلام فيه نظير الكلام فى مسألة المر.

١٩٠٦٦- وفى "العيون": ضرب رجلا بسيف فى غمد، فخرق السيف الغمد وقتله، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا قصاص، وقال محمد رحمه الله: إن كان الغمد ثقيلا لو ضرب به وحده قتل به، فهما يعتبران القتل بآلة بقصد بها القتل عادة، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر دليل القصد.

١٩٠٦٧- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": إذا أحمى تنورًا، وألقى فيها إنسانًا، أو ألقاه فى نار لا يستطيع الخروج منها، فأخرقته النار يجب القصاص؛ لأن النار بمعنى السيف، فموضوع المسألة يشير إلى أن الإحماء يكفى، وإن لم يكن فيه نار،

(١) المرّ: الحبل.

قال البقالي في فتاويه : هو الصحيح .

وفي البقالي : إذا ألقاه في النار ، فخرج حيًّا وبه رمق ، فمكث أيامًا مصيبًا من ذلك حتى مات قتل به ، وإن كان يجيء ، ويذهب فلا .

١٩٠٦٨- وفي "الجامع الصغير" : إذا غرق صبيًّا أو بالغًا في البحر ، فلا قصاص عند أبي حنيفة خلافًا لهما .

وذكر شيخ الإسلام في شرح ديات "الأصل" : أن من غرق إنسانًا بالماء إن كان الماء قليلا لا يقتل مثله غالبًا ، ويرجى منه النجاة في الغالب ، فمات من ذلك ، فهو خطأ العمد عندهم جميعًا ؛ لأنه متعمد الإلقاء غير متعمد القتل إذا كان الماء بحال لا يقتل مثله في الغالب .

وأما إذا كان الماء عظيمًا إن كان بحيث يمكنه النجاة منه بالسباحة ، فإن كان غير مشدود ولا مثقل وهو يحسن السباحة فمات ، فإنه يكون خطأ العمد ؛ لأنه إذا يمكنه النجاة كان الملقي متعمدًا في الإلقاء لا في القتل ، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : هو خطأ العمد ولا قصاص ، وعلى قولهما : هو عمد محض ، ويجب القصاص .

١٩٠٦٩- وفي "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله : رجل ألقى رجلا من سفينة في بحر أو دجلة ، فرسب[1] كما وقع وغرق ، فعلى عاقلته الدية ، وإن كان حين ألقاه سبح سباحة ، ثم غرق ، فلا دية فيه ، وإذا ألقاه من سطح أو جبل ، أو ألقاه في بئر ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : هذا خطأ العمد ، وأما على قولهما : إن كان لا يرجى منه النجاة غالبًا ، فهو خطأ العمد ، وإن كان لا يرجى منه النجاة ، فهو عمد محض يجب القصاص به عندهما .

١٩٠٧٠- قال في "الأصل" : وإذا خنق رجلا حتى مات ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : لا قصاص ، ولكن إن كان اعتاد ذلك ، فالإمام يقتله سياسة ، فإن تاب من ذلك إن تاب قبل أن يقع في يد الإمام تقبل توبته ولا يقتل ، وإن تاب بعد ما وقع في يد الإمام لا تقبل توبته ، وهو نظير الساحر إذا تاب ، وأما على قولهما : إن دام على الخنق

---

(١) فرسب : غاص في الأسفل .

حتى مات، فعليه القصاص كما لو قتله بحجر عظيم أو خشبة عظيمة، وإن ترك الخنق قبل الموت، ثم مات بعد ذلك، فإنه ينظر إن دام على الخنق مقداراً يموت الإنسان منه غالبًا، فعليه القصاص؛ لأنه قصد الخنق والقتل، فكان عمدًا محضًا باعتبار الخنق والقتل جميعًا، وإن دام على الخنق مقداراً لا يموت الإنسان منه غالبًا، فلا قصاص؛ لأنه قصد الخنق، أما ما قصد القتل فكان عمدًا باعتبار الخنق خطأ باعتبار القتل.

١٩٠٧١- وإذا سقى رجلا سمّا، فمات من ذلك، فهو على ثلاثة أوجه: إما إن أوجره إيجارًا على كره منه، أو ناوله، أو أكرهه على شربه حتى شرب، أو ناوله وشرب من غير أن أكرهه عليه، فإن أوجره إيجارًا، أو ناوله، أو أكرهه على شربه حتى شرب، فلا قصاص، وعلى عاقلته الدية، ذكر المسألة في الأصل مطلقًا من غير ذكر خلاف، ولم يفصل بينما إذا كان ذلك مقداراً يقتل مثله غالبًا أو لا يقتل، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله، وذلك لأن القتل حصل بما لا يخرج لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار، وكان خطأ العمد على مذهبه.

فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: فمن مشايخنا من قال: الجواب عندهما على التفصيل إن كان ما أوجره من السمّ مقداراً يقتل مثله غالبًا كان عمدًا محضًا؛ لأنه قصد الإيجار والقتل جميعًا، فكان عمدًا محضًا كما لو قتله بحجر عظيم، وإن كان قدراً، لا يقتل مثله غالبًا، فإنه يكون خطأ العمد؛ لأنه قصد الإيجار، ولم يقصد القتل، فعلى قول هذا القائل: لا يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبينما إذا قتله بحجر عظيم، ومن مشايخنا من قال: بأن على قولهم جميعًا: يكون خطأ العمد، سواء كان مما يقتل مثله غالبًا، أو لايقتل، فهذا القائل يحتاج الفرق بين هذا وبينما إذا قتله بحجر عظيم على قولهما.

ووجه الفرق بينهما وهو أن السمّ القليل يجعل في بعض الأدوية لإصلاح، فبهذا الاعتبار لا يثبت القصد إلى القتل إن ثبت القصد إلى القتل بالكثير منه؛ لأن الكثير منه لايجعل في الأدوية للإصلاح، فإذا كان كذلك ثبت القصد إلى القتل من وجه دون وجه، فكان شبه العمد، وكان كمن أوجر رجلا سقمونيا مقداراً لا يحتمل النفوس فمات لا يكون عمدًا محضًا؛ لأنه مما يجعل في الأدوية للإصلاح، فكذلك هذا بخلاف

ما لو قتله بحجر عظيم، أو ألقاه من السطح؛ لأنه مما لا يقصد بهذا إصلاح البدن بوجه من الوجوه، فإذا كان ما يقتل مثله غالبًا كان قاصدا إلى قتله من كل وجه فكان عمدًا محضًا، وإذا ناوله، فشرب من غير أن أكرهه عليه لم يكن عليه قصاص ولا دية، سواء علم الشارب بكونه سمًّا أو لم يعلم، إن علم فلا إشكال؛ لأنه شرب باختياره، فكان الشارب هو القاتل لنفسه لا المعطى، فلايكون على المعطى شيء كمن دفع سكينًا إلى رجل، فقتل به نفسه لم يكن على الدافع شيء، فكذا هنا، وكذلك من حفر بئرًا على قارعة الطريق، فمشى عليه رجل قد علم بحفر البئر، فإنه لا ضمان على حافر البئر، فكذلك هنا.

وأما إذا لم يعلم بكونه سمًّا، فكذلك لا شيء عليه لا قصاص ولا دية؛ لأن الشارب هو الذى باشر قتل نفسه؛ لما شرب مختارًا، فلا يكون على المعطى شيء.

فإن قيل: إن لم يباشر المعطى قتل الشارب فقد سبب لقتله بالإعطاء، وهو معاقب على هذا السبب، فإنه يأثم بذلك، فإذا شربه المدفوع إليه وهو لا يعلم بذلك، فمات وجب أن يضمن المسبب كمن حفر بئرًا على قارعة الطريق، فمشى عليه[1] إنسان وهو لم يعلم بالحفر، فإن الحافر يضمن؛ لأنه كان مسببًا لقتله، وهو معاقب على ذلك.

قلنا: المسبِّب إذا كان معاقبًا على التسبيب ملامًا عليه إنما يضمن إذا بقى أثر فعله وقت الموت كما فى حفر البئر يبقى أثر فعله وقت الموت وهو العمق، وأما إذا لم يبقَ أثر فعله وقت الموت، فإن المسبب لا يضمن كمن وضع حجرًا على قارعة الطريق، فجاء إنسان وحوّله، ثم تعقل به إنسان لا ضمان على الأول؛ لأنه زال أثر فعله وقت الموت، وهنا فى مسألتنا زال أثر فعله، وذلك لأن فعله إنما كان فى وضعه فى يده أو فيه، وقد زال هذا الأثر لما ألقاه فى فمه، أو ابتلعه، وإذا لم يبق لفعله أثر وقت الموت لم يكن عليه ضمان، وإنما عليه إثم الخداع والغرور، وبنحوه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ.

١٩٠٧٢- وإذا حبس إنسانًا فى بيت حتى مات جوعًا أو عطشًا، لا يضمن شيئًا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجب عليه الدية؛ لأن الجوع سبب مفض إلى الموت، وهو قائم إلا أنه يدفع ذلك عن نفسه، بالأكل، وإذا منع الطعام عنه صار مسبّبا

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "فيها".

للتلف بمنزلة حفر البئر، فإن الفعل[1] كان لازمًا، ولكن الماشي يمنع نفسه عن الوقوع بوضع القدم على موضع مستقر، فإذا حفر، فقد منع ذلك عنه، فاعمل تلك العلة، كذا هنا، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: التلف حصل لمعنى فيه، وهو الجوع والعطش، وإنما يدفع ذلك الماء والطعام، فهذا قد منع ما يدفع به الهلاك عن نفسه، وهذا لا يعدّ تسببيًا إلى التلف.

١٩٠٧٣- وفي "المنتقى": سئل محمد رحمه الله عن رجل دفن رجلا حيًا في قبر ومات، قال: يقادبه، لأنه قتله عمدًا.

١٩٠٧٤- وفي "المجرد": روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل أقرّ أنه قتل فلانًا بحديدة، أو قال: بالسيف، ثم قال: إنما أردت غيره، فأصابه، درئ عنه القتل، ولو قال: ضربت فلانًا بحديدة فقتلته[2]، ثم قال: أردت غيره، فأصبته لم يقبل ذلك منه ويقتل، ولو قال: وجأت بسكيني، فقتلت فلانًا، ثم قال: إنما أردت غيره، فأصبته درئ عنه القتل.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال: ضربت فلانًا بالسيف فقتلته[3]، قال: هذا خطأ حتى يقول: عمدًا، ولو قال: ضربت بسيفي، فقتلت فلانًا، أو قال: وجأت بسكيني فقتلت فلانًا، ثم قال: إنما أردت غيره، فأصابته، درئ عنه القتل.

وفي "المنتقى": إذا قال الرجل: قتلنا فلانًا بأسيافنا متعمدين، ثم قال: كان معي غيري لم يصدّق وقتل به، ولو قال: قتلت فلانًا متعمدًا بحديدة، فلما أخذ بذلك، قال: كنت يومئذ غلامًا لم يصدّق وقتل به.

ولو قال: ضربت فلانًا بالسيف متعمدًا، ثم قال: لا أدري مات منها أم لا، ولكنه مات، وقال المولي: مات منها لم يقبل، ولو قال: مات منها، ومن حية نهشته، أو لدغته عقرب، وقال المولي: مات من ضربك، فالقول قول القاتل، وعليه نصف الدية.

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: "الثقل"، وفي ف: "النقل".

(٢) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ وف: "فقتله".

(٣) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ وف: "فقتله".

١٩٠٧٥- وفى "المنتقى": إذا قطع عنق الرجل، وبقى شىء قليل من الحلقوم، وفيه الروح، فقتله رجل، فلا قود عليه؛ لأن هذا ميت، ولو مات ابنه بعد ذلك، وهو على تلك الحالة بعد ورثة ابنه، ولم يرث هو ابنه، ولو شقّ بطن رجل، وخرجت أمعاءه كلها، وسقطت بالأرض إلا أنها صحيحة بعد، فقتله رجل آخر قتل به، ولو اقتلعت أمعاءه من بطنه، فطرحت عنه، وبقى البطن خاليًا، فقتله رجل، فلا قود عليه؛ لأن هذا ميت.

ولو قتل رجلا وهو فى النزع قتل القاتل به، وإن كان يعلم أنه لا يعيش.

١٩٠٧٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى الصفين يلتقيان: صف من المسلمين، وصف من المشركين فيقتلون، فقتل رجل من المسلمين رجلا من أصحابه على ظن أنه مشرك، فعليه الكفارة والدية، ولا قود عليه؛ لأن هذا قتل الخطأ؛ لأن الخطأ صورته أن يقصد قتل من يباح له قتله، فيصيب من لا يباح له قتله، وقد وجد هنا هذا المعنى، وقتل الخطأ يوجب الدية والكفارة دون القود، وأصله ما روى أن المسلمين أصابوا اليمان بن حذيفة رضى الله عنه[1]، فأوجب رسول الله ﷺ الدية، فتركها حذيفة لهم، فقد أوجب رسول الله ﷺ منه الدية دون القود.

قيل: وهذا إذا كان المقتول فى صف المسلمين، فأما إذا كان المقتول فى صف المشركين لايجب عليه شىء؛ لأن هو الذى أهدر دمه حيث وقف فى صف المشركين، ألا ترى أن المشركين إذا تترسوا بأطفال المسلمين وأسراءهم جاز للمسلمين الرمى لهم، ولا يجب عليهم شىء فيما أصاب الأسراء والأطفال.

١٩٠٧٧- قال محمد رحمه الله فى الكتاب: رجل قتله ابنه عمدًا، فعليه الدية فى ماله فى ثلاث سنين، ولا قصاص عليه، وهذا مذهبنا.

والأصل فيه ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يقاد والد بولده»[2]؛ ولأن الأب أصل والولد فرع، وإهلاك الأصل بسبب الفرع غير مشروع، وإذا لم يجب القصاص

(١) أشار إليه الحافظ ابن حجر فى "فتح البارى" ١٢/ ٢١٨، ولم أجد فى غيره.

(٢) أخرجه الدارقطنى فى "سننه" ٣/ ١٤٠ حديث (١٧٨) وأبو الشجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" ٥/ ٢٢١ حديث (٨٠١٧) وابن عبد البر فى "التمهيد" ٢٣/ ٤٣٧.

عندنا وجب الدية على الأب في ماله، ولا يجب على العاقلة، والأصل فيه حديث عمر رضى الله عنه، فإنه قضى بالدية على الأب في ماله وقد قتل ابنه عمداً.

وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال: لا يعقل العاقلة عمداً، وإذا أوجب الدية في ماله، يجب مؤجلة في ثلاث سنين، وقد مرّ هذا فيما تقدم، ويقتل الولد وولد الولد بالأب والجد قصاصًا؛ لأن الأصل ليس بجزء له، وإهلاك الجزء بالجناية على أصله ليس بقبيح، ولا يقتص الجد بولد ولده من قبل الآباء والأمهات وإن علوا؛ لأن اسم الأب يشملهم، فيدخلون جميعًا تحت الحديث، ولا يقتص الأم بولدها؛ لأن الأم نظير الأب في حق الحرمة[1]، بل الأم أعظم حرمة من الأب، فالنص الوارد في حق الأب يكون واردًا في حق الأم دلالة.

١٩٠٧٨- ولا قصاص فيما بين الصبيّان لقوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاث»[2]، وعمد الصبي وخطأه سواء عندنا حتى تجب الدية في الحالين: إما الخطأ فظاهر، وإما العمد فلأنه تعذر إيجاب القصاص، والقتل العمد في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة، وتعذر إيجاب العقوبة، فتعين الغرامة، ويكون ذلك في ماله في فصل العمد؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد.

في "الزيادات": أن الدية في فصل العمد تجب على العاقلة أيضًا، ولا كفارة عليه في الخطأ عندنا، ولا يحرم عن الميراث خلافًا للشافعي رحمه الله، والجواب في المعتوه نظير الجواب في الصبي؛ لأن المعتوه في معنى الصبي.

والجواب في المجنون إذا قتل في حال جنونه نظير الجواب في الصبي، بل أولى؛ لأن المجنون عديم العقل، والصبي ناقص العقل، وأما إذا كان يجن ويفيق، وقتل في حال إفاقته، ذكر في "الأصل": أنه هو الصحيح سواء؛ لأنه حالة القتل مفيق، والعبرة

---

(١) هكذا في م وف، وكان في ظ: "الحرية"، وفي الأصل: "الجزية".

(٢) أخرجه ابن خزيمة في "صحيحه" ٢/ ١٠٢ حديث (١٠٠٣) وفي ٤/ ٣٤٩ حديث (٣٠٤٩)، والحاكم في "المستدرك" ١/ ٣٨٩ حديث (٩٤٩) وفي ٢/ ٦٨ حديث (٢٣٥٢) وفي ٤/ ٤٣٠ حديث (٨١٧١) والنسائي في "المجتبى" ٥/ ١٥٦ حديث (٣٤٣٢) وأحمد في "مسنده" ٦/ ١٠٠ حديث (٢٤٧٢٨) وفي ٦/ ١٤٤ حديث (٢٥١٥٧) والطبراني في "الأوسط" ٣/ ٣٦١ حديث (٣٤٠٣) والبيهقي في "الكبرى" ٤/ ٢٦٩ حديث (٨٠٩١).

لحالة القتل، فصار كسائر المفيقين، فإن جن بعد ذلك، هل يسقط القصاص؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في "الأصل".

قال شيخ الإسلام في شرحه: إن بعض مشايخنا فصّلوا الجواب فيه تفصيلا، فقالوا إن كان الجنون الحادث مطبقا يسقط القصاص؛ لأنه بالجنون المطبق يلتحق بالصبيّ، والصبي لو قارن القتل، منع الوجوب، فإذا طرأ على القتل قبل الاستيفاء ما هو في معنى الصباء يمنع الاستيفاء؛ لأن العقوبة في الاستيفاء لا في الوجوب.

وإن كان الجنون الحادث غير مطبق لا يسقط القصاص؛ لأن الجنون إذا لم يكن مطبقًا، فهو بمنزلة الإغماء، ألا ترى أنه لا يسقط به الصوم، وإنما يسقط الصلاة إذا دام أكثر من يوم وليلة كما في الإغماء، والإغماء لا يسقط القصاص؛ لأنه نوع مرض إلا أن الجنون إذا كان مقارنًا للقتل منع وجوب القصاص، وإن كان غير مطبق؛ لأنا اعتبرنا الجنون إذا كان غير مطبق بالإغماء إلا أن الإغماء إذا كان مقارنًا للقتل، منع وجوب القصاص، وإذا طرأ على القتل قبل الاستيفاء لا يسقط الاستيفاء، فكذا الجنون الذي هو غير مطبق، هذا جملة ما أورده شيخ الإسلام في شرحه.

١٩٠٧٩- وفي "المنتقى": رجل قتل رجلا عمدًا، ثم عته، وشهد عليه الشهود بالقتل وهو معتوه، فإني أستحسن أن لا أقتله، وأجعل الدية في ماله.

وذكر في موضع آخر من "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل قتل رجلا، ثم جنّ القاتل لا يقتل، ولو قضى عليه بالقود، ثم جنّ، فالقياس أن لا يقتل.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يقتل إذا كان قد قضى عليه، وفي موضع آخر إذا قضى القاضي بالقصاص على القاتل، فقبل أن يدفعه إلى وليّ القتيل جنّ القاتل لا قصاص عليه استحسانًا، ويجب الدية، وإن جنّ بعد الدفع إليه، له أن يقتل.

١٩٠٨٠- في "المنتقى" أيضًا: امرأة خرج منها رأس ولدها، ولم يخرج منه غيره، أو استهل الصبي على تلك الحال، ثم إن قاتلا قتله، فإنه لا أقضي عليه بالقصاص، وأجعل الدية عليه، إلا أن يكون خرج مع الرأس نصف، أو خرج الأكثر منه مع القدمين، فهو بمنزلة ما قدمّ خروجه، فإن قتله أخذ به، وكذلك الحكم في قطع عضو من أعضاءه.

١٩٠٨١ - في "المنتقى" بشر بن الوليد عن أبي يوسف، وابن سماعة عن محمد رحمهم الله: رجل قطع يد رجل عمدًا، ثم إن المقطوعة يده قطع ابن القاطع عمدًا، ثم مات المقطوعة يده من القطع، فعلى القاطع القصاص لوليّ المقطوعة يده من قبل أن القاطع قد جنى قبل أن يجب له الدم، فإنما مات المقطوعة يده من جناية كانت عليه قبل أن يحلّ دمه.

وذكر هذه المسألة في موضع آخر من "المنتقى" عن محمد رحمه الله، وذكر فيها القياس والاستحسان، وقال: القياس أن على القاطع القصاص؛ لما قلنا، وفي الاستحسان: لا قصاص، وتجب الدية عليه في ماله؛ لأنه قد كان حلّ دمه للقاطع قبل أن يموت من الضرب، ثم قال: ولا يشبه هذا المرتد.

رجل قتل ابن الرجل عمدًا، ثم إن أب المقتول قطع يد القاتل خطأ، ومات من ذلك كان قصاصًا، ولم يكن لوليّه الدية على أب المقتول.

١٩٠٨٢ - ولو ضرب رجل رجلا بالسيف عمدًا، ثم إن المضروب، ضرب الضارب بالسيف عمدًا، ثم ماتا جميعًا، فإن هذا قصاص إن ماتا معًا[١]، أو أحدهما قبل الآخر، هكذا ذكر بشر عن أبي يوسف رحمه الله.

ويقتل الرجل بالصبي، والرجل بالمرأة، والمرأة بالرجل لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فِي القَتلى﴾[٢] أوجب القصاص في القتلى مطلقًا من غير فصل، ويقتل المسلم بالذمي عندنا، والذمّي يقتل بالذمي وبالمسلم بلا خلاف، والذمّي إذا قتل ذمّيًا، ثم أسلم، فإنه يقتل به بلا خلاف، ولا يقتل المسلم ولا الذمّي بالحربي، مستأمنًا كان أو غير مستأمن، ولا يقتل مستأمن بمستأمن في ظاهر الرواية لتمكن شبهة الإباحة في الحلّ، وعلى هذا الحرف تخرج المسائل كلها، وبيان ذلك أن المبيح للقتل في حق أهل الحرب كونهم حربيًا لنا، لا نفس الكفر، ألا ترى أن المرأة لا تقتل، ومعنى الحراب انتسخ بعقد الذمّة من كل وجه؛ لأنه صار مسالمًا[٣] على سبيل التأبيد، وإذا انتسخ معنى الحراب لم

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "جميعًا".

(٢) سورة البقرة: الآية ١٧٨.

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل: "صار مسلمًا سالمًا"، وفي م: "سالمًا".

يبقَ فى المحل لا حقيقة الإباحة ولا شبهتها، فالحق الذمّى بالمسلم فى حق هذا الحكم، فأما معنى الحراب لم ينتسخ بالاستئمان من كل وجه؛ لأن أمان المستأمن موقّت، فلا ينتسخ به معنى الحراب من كل وجه، بل تبقى شبهة الحراب، وإذا بقى شبهة الحراب بقيت شبهة الإباحة، والقصاص لا يجب مع الشبهة، ولايقتل المولى بعبده، وكذا لا يقتل بمن كان بعضه ملكًا له؛ لأن القصاص لا يتجزأ، فإذا سقط بعضه سقط كله، ويقتل سليم الجوارح بناقص الأطراف والصبى والمجنون؛ لأن القتل تصرف فى الروح، وقد تساويا فى ذلك.

١٩٠٨٣- ويقتل الجماعة بالواحد، فرق بين النفس وبين الطرف فإن اليدان لا يقطعان بيد واحدة، ويقتل الواحد بالجماعة اكتفاء، ولا يجب مع القصاص شىء آخر، فرق بين هذا وبينما إذا قطع يمينى رجلين عمدًا فجاءا وطلبا من القاضى حقهما فالقاضى يقضى لهما بيمين القاطع وبدية يد بينهما.

والفرق أن الأنفس جعلت مثل نفس واحدة حتى قتل الجماعة بالواحد وإذا كان الأنفس مثل النفس الواحدة كانت النفس الواحدة مثل الأنفس؛ لأن المماثلة بين شيئين من الأسماء المشتركة لا تقوم بأحد الطرفين، وإذا كان النفس الواحد مثل الأنفس صار كل واحد من وليّ القتيل مستوفيًا حقه فى القصاص بكماله، فلا يستحق معه شىء آخر، أما اليد الواحدة لم تجعل مثل الأيدى حتى لا يقطع الأيدى بيد واحدة، وإذا لم تكن اليد الواحدة مثل الأيدى صار كل واحد من المقطوعة يده مستوفيًا بعض حقه فى القصاص لا كمال حقه، فيقضى بدية بينهما تكميلا لحق كل واحد منهما، ولو كان ولى أحد المقتولين حاضرًا، ووليّ المقتول الآخر غائبًا، فجاء الحاضر إلى القاضى، وطلب القصاص، فإن القاضى يقضى له بالقصاص، فإن حضر الآخر بعد ذلك لا يقضى له بشىء، فرق بين هذا وبينما إذا قطع يمينى رجلين، فحضر أحدهما، وطلب القصاص من القاضى، وقضى القاضى له بالقصاص، ثم حضر الآخر، فالقاضى يقضى له بدية اليد، وفى الفصلين جميعًا من عليه صار قاضيًا بحق الغائب حقًا واجبًا عليه.

والوجه فى ذلك أن فى فصل القصاص المقضى به ليس بمال لا حقيقةً ولا حكمًا؛ لأن المقضى به الدم، والدم ليس بمال لا حقيقة ولا حكمًا، وما ليس بمال لا يضمن

بالمال، فكان كالذمى إذا قضى دينه من خمر عبده للمسلم لا يضمن؛ لأن المقضى به ليس بمال متقوم فى حق المسلم، وكذلك هنا، ولهذا قلنا: إن القاتل لو قتل نفسه لا تجب الدية فى ماله لولىّ القصاص، وإن وجد منه إتلاف سبب حق ولىّ القصاص وهو الجراحة، والقاتل حىّ والميّت من أهل أن يجب عليه الضمان بعد الموت بسبب وجد منه فى حال حياته؛ لأنه أتلف ما ليس بمال لا حقيقةً ولا حكمًا، فلم يضمن المال، فكذا إذا قضى بنفسه حقًا وجب عليه للغير، فأما الطرف إن لم يكن ما لاحقيقة فقد أعطى له حكم المال حتى قالوا: يستوفى فى الحرم، ويستوفيه الوصى فى أظهر الروايات، ويجرى فيه البدل والإباحة إذا كان مفيدًا، ويعتبر التكافى والتساوى فى القيمة لجريان القصاص فى الأطراف كما فى المال، وإذا كان له حكم المال فمتى قضى به حقًا وجب عليه صار ضامنًا للمقضى له، وكذا لو لم يقض به حقًا وجب عليه، لكنه أتلفه بأن قطع يد نفسه، صار ضامنًا دية اليد؛ لأن المتلف له حكم المال، والمال يجوز أن يضمن بالإتلاف والقضاء، وأما ما ليس بمال لا يجوز أن يضمن بالمال لا بالقضاء ولا بالإتلاف.

١٩٠٨٤- وإذا كان الدم بين اثنين، فعفل أحدهما، ثم إن الساكت قتل القاتل عمدًا، فهذا على وجهين: إن قتله ولم يعلم بعفو العافى فالقياس أن يقتل الساكت به، وفى الاستحسان: لاتقتل؛ لأنه قتله على تقدير أن له ملكًا فى نصف القاتل، ولما لم يعلم بالعفو، فيصير ذلك شبهة فى درء ما يدرء بالشبهات كمن زفت إليه غير امرأته، فوطئها على حسبان أنها امرأته، ثم ظهر أنها أجنبية ليس له فيها ملك ولا شبهة ملك لم يكن عليه حد؛ لأنه وطئها على ظن أنها امرأته، ولكن تجب الدية فى ماله؛ لأنه عمد محض، لكن سقط القصاص للشبهة فتجب الدية فى ماله، فرق بين هذا وبينما إذا رمى سهمًا إلى شخص أو قتل شخصا على ظن أنه حربى فظهر أنه مسلم تجب الدية على العاقلة، وجعل ذلك خطأً مع أنه قصد قتله بالسلاح.

ووجه الفرق أن فى الحربى إن وجد القصد إلى القتل بالسلاح إلا أن قتله لم يتصف بالحرمة، ومع القصد إلى القتل لا بدّ من اتصاف القتل بالحرمة حتى يكون عمدًا، ألا ترى أن قتل الصبى والمجنون خطأ حكمًا، وإن كانا متعمدين القتل بالسلاح؛ لأن القتل فى حقهما لم يتصف بالحرمة، قلنا: وقتل الحربى لم يتصف

بالحرمة؛ لأن قتل الحربى مباح له قبل التعرف عن حاله إذا وقع فى قلبه أنه حربى؛ لأنه متى لزمه التعرّف عن حاله قبل القتل بدليل آخر سوى التحرى ربما يخاف على نفسه منه، فأبيح له القتل قبل التعرّف دليل آخر سوى التحرى، واكتفى لإباحة القتل مجرّد التحرى، وهذا كما قالوا: فيمن دخل دار إنسان شاهرًا سيفه توقع فى غالب رأى[1] صاحب الدار أنه قصد قتله يباح له قتله، ويسقط عنه تعرّف حاله لإباحة قتله أنه دخل داره ليقتله، أو دخل ملتجئًا فكذا فى الحربى، وإذا لم يتصف فعله بالحرمة لم يكن عمدًا، أما ههنا وجد القصد إلى القتل بالسلاح واتصف القتل بالحرمة؛ لأنه لا يخلو إما أن علم أنه لا يحلّ له التفرد بالقتل دون صاحبه؛ لأن الثابت له فى نفس القاتل نصف الملك، أو لم يعلم أو اشتبه ذلك عليه، فإن علم أنه لا يحلّ له التفرد بالقتل كان القتل حرامًا، وإن لم يعلم أو اشتبه عليه لا يباح له الإقدام على القتل بمجرّد التحرى، ولزمه التعرّف بدليل آخر فوق التحرى؛ لأنه لو أمر بالتعرف بدليل آخر فوق التحرى لا يخاف على نفسه، ولا يخاف فوت حقه، فلا تثبت الإباحة بنفس التحرى قبل التعرف، وإذا كان القتل حرامًا فى الحالين وكان قاصدًا إلى القتل كان عمدًا محضًا إلا أنه يسقط القصاص لنوع شبهة من الوجه الذى ذكرنا، فوجب دية كاملة فى ماله، وإذا وجبت دية كاملة فى ماله ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب أنه يحتسب له من ذلك، نصف الدية، وذلك حصته من دم المقتول الأول، ويؤدى النصف الآخر إلى ورثة المقتول الثانى، ولم يفصل الجواب تفصيلا بينما إذا كان للمقتول الثانى مال آخر حاضر سوى ديته أو لم يكن، قال مشايخنا: ما ذكر فى الكتاب محمول على ما إذا لم يكن للمقتول الثانى مال حاضر سوى الدية التى وجبت له على القاتل الثانى؛ وهذا لأنه متى لم يكن له مال آخر سوى الدية يتأخر حق القاتل الثانى فى نصف الدية التى وجبت له على المقتول الثانى إلى أن يظهر له مال، وإنما يظهر له المال متى حلّ أجل ديته، فمتى حل الأجل وقعت المقاصة بين نصفى الدية، ولزمه رد النصف الباقى إلى ورثة المقتول الثانى.

أما إذا كان للمقتول الثانى مال حاضر سوى الدية التى وجبت له على القاتل الثانى بقى نصف الدية، فإنه لا يحتسب ما وجب للمقتول الثانى من نصف الدية على القاتل

(١) وفى ظ: "فغلب على صاحب الدار".

الثانى من نصف دية وجبت للمقتول الثانى على القاتل الثانى[1]؛ وذلك لأن ما وجب للقاتل الثانى على المقتول الثانى من نصف الدية بعفو صاحبه، وإن كان مؤجلا بثلاث سنين إلا أنه لما مات المقتول الثانى الذى له الأجل حل الأجل بموت، وما وجب للمقتول الثانى من كمال الدية على القاتل الثانى مؤجل؛ لأن من له الأجل وهو القاتل الثانى حىّ فى الحال، والحال لا يصير قصاصًا بالمؤجل، فيؤدى من مال المقتول الثانى نصف الدية للقاتل الثانى، ثم يأخذ ورثة المقتول الثانى من القاتل الثانى دية المقتول الثانى متى حلّ الأجل، فيجب أن يكون الجواب على هذا التفصيل إلا أن محمدًا رحمه الله ذكر جواب أحد الفصلين، ولم يذكر جواب الفصل الآخر.

١٩٠٨٥- هذا الذى ذكرنا كله إذا قتل الساكت القاتل ولم يعلم بعفو صاحبه، فأما إذا علم، ثم قتل إن لم يعلم بالحرمة وقال: ظننت أن قتله يحلّ لى فإنه لا يقتل؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه مثله، فإنه قاس هذا على سائر الحقوق المشتركة بين اثنين من الديون، ونحوه إذا استوفاه أحدهما، أو أبطل أحدهما حصة نفسه لا يبطل على الآخر حق الاستيفاء، وقد اشتبه على عمر رضى الله عنه هذا مع جلال قدره فى العلم حتى شاور ابن مسعود رضى الله عنه فى ذلك، ومن اشتبه عليه ما يشتبه مثله، فإنه يعذر فى درءه ما يدرأ بالشبهات، هذا كما قالوا: فيمن وطئ جارية من لا تقبل شهادته له، وقال: ظننت أنها تحل لى، فإنه يعذر ولا يحد؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه مثله، فإنه قاس هذا على الشهادة، فإنه فى حق الشهادة جعل مال المشهود له كمال الشاهد، فحسب أنه فى الوطء يكون مال صاحبه كماله، فيعذر فى درأ ما يدرأ فى الشبهات، فكذلك هذا، فسقط القصاص، ولكن تجب الدية فى ماله؛ لأنه عمد، فإنه قصد القتل بالسلاح، واتصف قتله بالحرمة على ما بيّنا إلا أنه سقط القصاص لشبهة الاشتباه، ولو سقط لشبهة ملك كما فى الأب بقتل ابنه تجب الدية فى ماله، ففى شبهة الاشتباه أولى وإنه دون شبهة الملك.

فأما إذا علم بالحرمة فإنه يقتل سواء قضى القاضى بسقوط القصاص فى نصيب الساكت أو لم يقض، وقال الشافعى رحمه الله: إن قضى القاضى بسقوط القصاص، فإنه يقتل، وإن لم يقض لا يقتل، وذهب فى ذلك إلى أنه فصل مجتهد فيه، فإن فى قول

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "على القاتل الثانى بقى نصف الدية، وذلك".

بعض أهل المدينة وهو أحد قولي البتي عنه: إن للساكت أن يقتل القاتل بعد عفو صاحبه، فإذا كان فصلا مجتهدًا فيه ما لم يقض القاضي بسقوط القصاص في حق الساكت حتى يصير مجمعًا عليه يبقى شبهة إباحة القتل له بسبب اختلاف العلماء في ذلك، ونظير هذا ما قلتم في المكاتب: إذا قتل عمدًا عن وفاء وله مولى ووارث آخر، فإنه لا يجب القصاص لاختلاف الصحابة في ذلك، فكذلك هذا.

وعلماءنا رحمهم الله قالوا: إن هذا عمد محض، فيوجب القصاص قياسًا على ما لو قضى القاضي بسقوط القصاص في نصيب الساكت، وإنما قلنا: عمد محض؛ لأنه قصد القتل بالسلاح، واتصف قتله بالحرمة متى قال: علمت بالحرمة، وأما قوله: بأنه مجتهد فيه قلنا: لا عبرة لاختلاف المخالف في هذه المسألة؛ لأن الإجماع من الصحابة انعقد بخلاف قوله، فلا يعتبر خلافه بمخالفة الإجماع، فلا يورث شبهة هذا كما قالوا: فيمن أمسك رجلا حتى قتله آخر عمدًا، ثم إن ولي القتيل قتل الممسك كان على القاتل القصاص، قضى القاضي بسقوط القصاص عن الممسك أو لم يقض، وإن كان مالكًا يقول: بأن الممسك يقتل أيضًا؛ لأن الإجماع انعقد على خلافه، فلم يورث قوله: شبهة لما كان بخلاف الإجماع، فكذلك هنا.

١٩٠٨٦- وإذا قتل القاتل رجل أجنبي، فإن كان القتل عمدًا، يجب القصاص، وإن كان خطأ، يجب الدية على عاقلته؛ لأن عصمة دم القاتل إنما يسقط في حق ولي القتيل، أما ما يسقط في حق الأجنبي فصار الأجنبي قاتلا شخصا معصومًا، فإن قال ولي القتيل بعد ما قاتله الأجنبي: كنت أمرته بقتله، ولا بيّنة له على ذلك لا يصدق؛ لأنه حكى أمرًا لا يملك استئنافه، فلا يصدق به إلا ببينة، فرق بين هذا وبينما إذا حفر بئرًا في دار غيره ووقع فيها إنسان، فقال صاحب الدار: كنت أمرته بذلك، فإنه يصدق بغير بينة حتى لم يجب على الحافر ضمان المقتول في البئر، وقد حكى ما لا يملك استئنافه؛ لأنه لا يملك استئناف الحفر في المحفور كما لا يملك استئناف القتل في المقتول، والفرق أن في مسألة الحفر إن حكى ما لايملك استئنافه باعتبار الحفر؛ لأن حفر المحفور لا يتصور حكى ما يملك استئنافه باعتبار حكم الحفر؛ لأن من حكم الحفر الحاصل في ملك الغير بغير إذن صاحب الملك وجوب كبس البئر على الحافر وإصلاحه، صاحب الدار يملك إسقاط هذا الحكم عن الحافر للحال، ألا ترى أنه لو قال: أبرأتك عن ضمان الحفر صحّ

الإبراء، فهو معنى قولنا: حكى ما يملك استئنافه باعتبار الحكم، والمقصود من السبب الحكم، فيصدق فيما حكى لهذا المعنى، وأما فى القتل حكى ما لا يملك استئنافه لا باعتبار القتل ولا باعتبار حكمه، فإن حكم هذا القتل وهو الضمان لولىّ المقتول الثانى لا لولىّ المقتول الأول، ألا ترى أن ولى المقتول الأول لو أبرأ الأجنبى عن ضمان هذا القتل لا يصحّ، فإذا حكى ما لا يملك استئنافه فى الحال أصلا لا يصدّق فيه إلا ببيّنة.

١٩٠٨٧- وإذا أمر الرجل غيره أن يقتله فقتله بسيف، فلا قصاص فيه عندنا خلافًا لزفر رحمه الله، فوجه قوله: إنه لا عبرة للأمر فى هذا الباب، فإنه لا يؤثر فى الإطلاق بحال فسقط موجب الآمر، وصار كأنه لم يوجد وجه قول علمائنا: إن الفعل إذا حصل عن أمر كان مضافًا إلى الآمر، فلأن[1] يسقط موجب الأمر بالشرع بقى حكم الحقيقة، فأورث شبهة فسقط به القصاص، ولا يلزمه الدية فى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله؛ وهذا لأن الدية إنما تجب حقّا للمقتول، ألا ترى أنه يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه، وإذنه مؤثر فى إسقاط ما يجب له كالإذن فى إتلاف المال.

ولو أمره أن يقطع يده أو يفقأ[2] عينه ففعل فلا شيء عليه؛ لأن الحق يجب له، فيؤثر إذنه فى إسقاطه، ولو قال: اقتل عبدى، أو اقطع يده ففعل فلا ضمان.

ولو قال: اقتل أخى وهو وارثه، قال زفر رحمه الله: يجب القصاص، وهو القياس؛ لأنه غير مالك لدم أخيه، فلا يتعلق بإذنه حكم، ولأن على أصله لو أمره أن يقتله يجب القصاص، فههنا أولى، وأبو حنيفة رحمه الله استحسن، فقال: يؤخذ الدية من القاتل؛ لأن القصاص لو وجب وجب للأخ، فإذا أذن له فى السبب صار ذلك شبهة، فسقط القصاص ووجب المال.

وروى أبو يوسف عن أبى يوسف رحمهما الله فيمن أمر إنسانًا أن يقتل ابنه فقتله، قتل به، ويحتمل أن يكون هذا على جواب القياس، ولو أمره أن يشجّه فشجّه لا شيء عليه، فإن مات منها كانت عليه الدية.

---

(١) وفى م: "فلئن".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: "يقعا عنه".

قال أبو الحسن: هذا على أصل أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن أمره بالشج لا يكون أمرًا بالنفس كما لا يكون إبراءه عن الشجةإبراء من النفس إلا أنه سقط القصاص للشبهة.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فيمن أمر إنسانًا أن يقطع يده ففعل فمات منها فليس على قاطعه شيء، ولا يشبه هذا العفو عن الشجة على قول أبى حنيفة رحمه الله، فإن عنده إذا عفا عن الشجة ولم يقل: وما يحدث منها فمات فعليه الدية، وهذا الذى رواه محمد رحمه الله مخالف لما رواه أبو يوسف رحمه الله، وسيأتى بعض هذه المسائل فى الفصل الثانى عشر -إن شاء الله تعالى-.

الفصل الثالث
فى بيان أصناف الدية

١٩٠٨٨ - يجب أن يعلم أن الدية فى قتل الخطأ عند أبى حنيفة من ثلاثة أنواع من الدراهم والدنانير والإبل، فمن الدراهم عشرة آلاف درهم، ومن الدنانير ألف، ومن الإبل مائة، عرف هذا التقدير بأثر رسول الله ﷺ[1] وبإجماع الصحابة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الدية من هذه الأصناف الثلاثة ومن الحلل ومن البقر والغنم، من الحلة مائتان، ومن البقر كذلك، ومن الشاة ألفان.

هكذا ذكر فى ديات الأصل، وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع وليّ القتيل على أكثر من مائتى حله أو من مائتى بقرة أو من ألفى شاة على قول أبى حنيفة رحمه الله على ما هو المذكور فى كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتى فرس، وعلى قولهما: لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة إبل.

وذكر هذه المسألة فى كتاب المعاقل، وقال على قول أبى حنيفة رحمه الله : لا يجوز الصلح على أكثر من مائتى حله كما هو قولهما، ولولا أنها من جنس الدية عنده لجاز الصلح على أكثر من مائتى حلة كما جاز الصلح على أكثر من مائتى فرس، بعد هذا قال بعض مشايخنا : فى المسألة روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله على رواية كتاب الديات الدية عنده من ثلاثة أنواع، وعلى رواية كتاب المعاقل الدية عنده من ستة، وبعضهم قالوا : ما ذكر فى الديات قوله الآخر، وما ذكر فى المعاقل قوله الأول.

وجه ما ذكر فى المعاقل عن أبى حنيفة رحمه الله وهو قولهما حديث عمر رضى الله عنه، فإنه جعل الدية من الأنواع الستة، والمروى عنه كالمروّى عن رسول الله ﷺ؛ لأن هذا من باب المقادير، وإنها لا تعرف إلا سماعًا وتوقيفًا.

---

(١) أخرجه أبو داود فى "سننه" ٤/ ١٨٤ حديث (٤٥٤٣) وابن ماجه فى "سننه" ٢/ ٨٧٨ حديث (٢٦٣٠) وعبد الرزاق فى "مصنفه" ٩/ ٢٩١ حديث (١٧٢٥٧) والنسائى فى "الكبرى" ٤/ ٢٣٣ حديث (٧٠٠٤) والبيهقى فى "الكبرى" ٨/ ٧٨ حديث (١٥٩٥٤).

وروى جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ أوجب على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل الحلة مائتى حلة، وعلى أهل البقرة مائتى بقرة، وعلى أهل الشاة ألفى شاة[١]، وجه ما ذكر فى كتاب الديات أنا لو خلينا والقياس، لكنا نقول : لا تكون الدية إلا من الدراهم والدنانير ؛ لأن المتلف متى لم يضمن بالمثل من جنسه يكون مضمونًا بالدراهم والدنانير كما فى الأموال إذا أتلف مالا مثل له من جنسه، ولكن تركنا القياس، وأوجبنا الإبل لاتفاق الأخبار وإجماع الناس على ذلك، ولا إجماع فى الحلة والبقرة والشاة، فيعمل فيها بقضية الأصل، ثم لا يجب الإبل كلها من سن واحد بل من أسنان مختلفة، ففى الخطأ المحض تجب المائة أخماسًا عشرون ابنة مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة، عرف ذلك بأثر ابن مسعود رضى الله عنه، وفى شبه العمد تجب المائة أرباعًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خمسة وعشرون ابنة مخاض وخمسة وعشرون ابنة لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة، وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه، وفى قول محمد رحمه الله : تجب المائة أثلاثًا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون حقة فى بطنها أولادها وهو قول عمرو زيد بن ثابت وأبى موسى الأشعرى رضى الله عنهما، ومحمد رحمه الله رجح قول هؤلاء على قول ابن مسعود رضى الله عنه ؛ لأنه يوافق موضوع دية شبه العمد، فإن موضوع دية شبه العمد على التغليظ، وفيما قالوا : زيادة تغليظ ليس فيما قال ابن مسعود رضى الله عنه، فكان الأخذ بقولهم[٢] أولى، وأبو حنيفة رحمه الله رجح قول ابن مسعود رضى الله عنه ؛ لأنه موافق لما روى الزهرى عن ثابت ابن زيد رضى الله عنه أنه قال : كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل أرباعًا وخمسة وعشرون ابنة مخاض خمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة، ولم يرد بذلك دية الخطأ المحض ؛ لأنه لم يشرع أرباعًا بالإجماع[٣]، علمنا أنه أراد به شبه العمد ؛ ولأن الأقل متيقن، فإنه ثابت بالإخبار كلها، وفى الزيادة تعارضت الأخبار فثبت المتيقن لا تثبت الزيادة بالشك .

---

(١) والحديث لم يوجد .

(٢) وفى ظ : "بهم" مكان : "بقولهم" .

(٣) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل : "لإجماع علماءنا أنه" .

ثم بيّن المشايخ اختلاف أن الأصل فى باب الدية ماذا؟ ذكر القدورى عن البلخى أنه كان يقول : الأصل هو الإبل ، فهو الواجب بدلا عن النفس عندنا ، والذهب والفضة بدلها ، وهو أحد قول الشافعى رحمه الله ، وبه كان يقول أبو بكر الرازى ، ثم رجع ، وقال : الكل أصول وجب بدلا عن النفس ، وهو ظاهر مذهب أصحابنا .

حجة من قال : الأصل هو الإبل ، والذهب والفضة بدلها أن المتلف واحد يجب أن يكون مضمونًا بضمان واحد قياسًا على المال ، وأجمعنا على أنه مضمون بالإبل ، فلا يكون مضمونًا بالدراهم والدنانير كيلا يلزمنا مخالفة القياس ، والدليل عليه قوله عليه السلام : «فى النفس المؤمنة مائة من الإبل»[1] ، فقد أوجب الإبل ولم يتعرض للدراهم والدنانير ، والدليل عليه ما روى عن الزهرى أنه قال : كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل ، وكذا على عهد أبى بكر رضى الله عنه ، وفى صدر من عهد عمر رضى الله عنه ، فلما غلت الإبل أى عزت[2] جعلت الدية من الدراهم ، فقد أخبر أن الدية كانت إبلا فى الأصل ، وإنما صير إلى الدراهم عند العجز عن الإبل ، وإذا ثبت أن الإبل هو الأصل لا يجوز للقاتل ولا للعاقلة أن يؤدى الدراهم مع القدرة على الإبل إلا برضى ولى القتيل ، وعند العجز عن أداء الإبل يقضى القاضى بالدراهم أو بالدنانير باعتبار قيمة الإبل ، وإن زادت قيمة الإبل على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار .

وحجة من قال : بأن هذه الأشياء كلها أصول ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه لما دوّن الدواوين جعل على أهل الإبل مائة من الإبل ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم ، والمرويّ عن عمر رضى الله عنه كالمرويّ عن رسول الله ﷺ ؛ لأن الباب باب المقادير ، فقد قدر الدية من الذهب والفضة كما قدر من الإبل ، فهذا دليل على أن الكل أصول وأن الذهب والفضة بدل عن النفس كالإبل .

فإن قيل : احتمل[3] أن يكون بدلا عن النفس كالإبل ، واحتمل أن يكون بدلا عن الإبل ، فيجعل بدلا عن النفس حتى لا تصير النفس مضمونًا بالبدل ، وإنه خلاف

(١) وتخريجه قد مضى .

(٢) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل : " "عسرت " .

(٣) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل : " احتمل أن عمر رضى الله عنه جعل الدراهم والدنانير بدلا عن النفس ، واحتمل أنه جعلنا بدلا عن الإبل ، فيجعل . . . إلخ " .

القياس.

والجواب عنه أن الأمر كما قلت احتمل أن يكون بدلا عن النفس واحتمل أن يكون بدلا عن الإبل، فإن كان بدلا عن الإبل جازت الزيادة والنقصان باعتبار الغلاء والرخص، وإن كان بدلا عن النفس لم تجز الزيادة والنقصان كما في الإبل، فلا يثبت الزيادة والنقصان عما قدّره الشرع بالشك والاحتمال، وأما الحديث الذى روى قلنا: فى الحديث أن الإبل بدل عن النفس، وليس فيه أن الدراهم والدنانير ليس ببدل بل هو مسكوت عنه، والمسكوت عنه يتوقف على قيام الدليل، وقد قام الدليل على أن الذهب والفضة بدل عن النفس كالإبل، وهو ما روينا، أما تعلقه بحديث عمرو ابن شعيب، فهو محمول على أنه كان الفعل ذلك بعد ما وقع القضاء بالإبل، واستقر وجوب الإبل، وعندنا إنما يكون الفضة والذهب بدلا عن النفس قبل القضاء بالإبل، فأما بعد القضاء بالإبل فالذهب والفضة تجب بدلا عن الإبل، فيجب بقدر الغلاء والرخص حينئذٍ، فيحمل على هذا، فيكون توفيقا بين الأخبار.

أما قوله: لو جعلنا الذهب والفضة بدلا عن النفس كان فى هذا إيجاب أبدال مختلفة بمقابلة مضمون واحد، وإنه مخالف للقياس، قلنا: ومتى لم نجعله بدلا عن النفس كان فى ذلك مخالفة للقياس من وجه آخر، فإن قضية القياس أن المتلف إذا لم يكن مضمونًا بالمثل من جنسه يكون مضمونًا بالدراهم والدنانير، فاستويا فى مخالفة القياس، وترجح ما قلنا؛ لما فيه من تقدير المقدّر بالشرع ومنعه من الزيادة والنقصان.

١٩٠٨٩- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: إذا كان القاتل من أهل الإبل أو الحلل، وقضى القاضى عليه بمائة من ذلك، ثم صالح بعد ذلك عشرة آلاف درهم مما قضى به عليه، وقيمة ذلك أقل من عشرة آلاف لم يجز الفضل على قيمته من قبل أنه لو أعطاه قيمة ذلك، لم يقدر الولى على ردّه.

وذكر فى "المنتقى": إذا قضى على أصحاب الإبل بالإبل، فصالح ولىّ الدم على أكثر من عشرة آلاف درهم، قال: إذا كان مما يتغابن الناس فى مثله، فهو جائز، وإن كان مما لا يتغابن الناس فى مثله لا يجوز.

١٩٠٩٠- وفى "نوادر إبراهيم ابن رستم" عن محمد رحمه الله: فى الدية على

أهل الغنم ألف شاة قال أبو حنيفة رحمه الله: كلها ثنيات من الضأن والمعز، وقال محمد رحمه الله: والثنيات من المعز والجذع من الضأن كل شيء يجزى فى الأضحية يؤخذ فى الدية، ولا يلتفت إلى القيمة إن زادت على عشرة آلاف درهم، وقال: أقضى على أهل الحلل بمائتى حلة، كل حلة قيمتها خمسون درهمًا، وعلى أهل البقر بمائتى بقرة، كل بقرة قيمتها خمسون درهمًا.

١٩٠٩١- وفى "نوادر هشام" قال: سألت محمدًا عمن يجب عليه فى الدية ألف دينار هل له أن يعطى مكانها عشرة آلاف درهم والطالب يأبى ذلك؟ قال: لا إلا أن يعطيه ألف دينار أو قيمتها عشرة آلاف درهم، وكذلك إن وجب عليه إبل أو بقر أو غنم لم يكن له أن يعطى مكانها عشرة آلاف درهم إلا أن يكون القاتل قد تحول من أصحاب الإبل، فصار من أصحاب الورق، أو تحول من البادية وصار فى المدينة.

والصبى كالبالغ فى دية النفس، ودية المرأة فى النفس على نصف دية الرجل حتى إن المرأة إذا قتلت خطأ يجب من الإبل خمسون، ومن الدراهم خمسة آلاف ومن الدنانير خمسمائة، عرف ذلك بالآثار المشهورة وإجماع الأمة ونوع من القياس، وهو القياس على الشهادة والميراث، فقد أقيم كل امرأة مقام نصف رجل فى الميراث والشهادة، فكذا فى الدية، ودية نصف الرجل من الإبل خمسون، من الدراهم خمسة آلاف ومن النانير خمس مائة، فكذا دية المرأة ودية الذمى والمستأمن كتابيًا كان أو مجوسيًا ودية المسلم سواء.

وروى الهيثم بن أبى الهيثم أن رسول الله ﷺ قال: «دية المعاهد مثل دية المسلم الحر»[1]، وروى الزهرى أن أبا بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم كانوا يجعلون دية اليهودىّ والنصرانىّ مثل دية المسلم، وعن على رضى الله عنه: "أنه قال: إنما أعطيناهم الأمان ليكون دماءهم كدماءنا وأموالهم كأموالنا" -والله تعالى أعلم-.

---

(١) أخرجه الطبرانى فى "الكبير" ٩/ ٣٥٠ حديث (٩٧٣٨) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٥/ ٤٠٦ حديث (٢٧٤٤) والدارقطنى فى "سننه" ٣/ ١٤٩ حديث (٢٠٣) وعبد الرزاق فى "مصنفه" ١٠/ ٩٧ حديث (١٨٤٩٦) وذكره الهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٦/ ٢٩٩.

الفصل الرابع
فى الجنايات على ما دون النفس ما يجب فيه القصاص وما يجب فيه الدية

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: فى الشِجاج:

١٩٠٩٢- واعلم بأن أولها الخارصة: وهى التى تشقّ الجلد، مأخوذ من قولهم: خرص القصار الثوب إذا شقّه بالدق، زاد الطحاوى ولا يدميه، ثم الدامية: وهى التى تخدش الجلد وتدميه ولا يسيل، هكذا ذكر الطحاوى، وذكر شيخ الإسلام وهى التى تقشر الجلد وتدميه، سواء كان سائلا أو غير سائل، ثم الدامعة: وهى التى تدمى وتسيل الدم، هكذا ذكر الطحاوى فى كتابه، وذكر شيخ الإسلام هى التى تسيل الدم أكثر ما يكون فى الدامية من السيلان، مأخوذ من دمع العين، وكأنها سميت بهذا الاسم؛ لأن الألم يصل إلى صاحبها، فتدمع عيناه [لما يجد من الألم][1]، ثم الباضعة: وهى التى تبضع اللحم أى يقطعه، قال شيخ الإسلام: ولا تتنزع شيئًا من اللحم، ثم المتلاحمة: وهى التى تقطع اللحم، وتنزع من اللحم شيئًا، ثم السِمحاق: وهى التى تقطع اللحم، وتبدى الجلدة التى بين اللحم والعظم، ثم الموضحة: وهى التى تقطع الجلدة التى بين اللحم والعظم، وتوضح العظم، ثم الهاشمة: وهى التى تهشم العظم أى تكسره، ثم المنقلة: وهى التى تنقل العظم من موضع إلى موضع، ثم الآمّة: وهى التى تصل إلى أم الدماغ، وهى جلدة تحت العظم فوق الدماغ، ثم الدامغة: وهى التى تقطع تلك الجلدة، وتصل إلى الدماغ.

وأما أحكامها: ففى الموضحة إذا كانت عمدًا القصاص بلا خلاف لقوله تعالى: ﴿والجُروحَ قِصَاصٌ﴾ وأمكن استيفاء القصاص فى الموضحة؛ لأن القصاص عبارة عن

---

(١) هكذا فى "م" و "ف"، وكان فى الأصل: بسبب ما يحدث من الألم.

المساواة، ويمكن اعتبار المساواة؛ لأنه يحتاج فيه إلى كسر العظم، و فيما يعد الموضحة من الهاشمة والمنقلة وغيرهما لا قصاص بالإجماع، وإن كانت عمدًا لأنه لا يمكن اعتبار المساواة وفيما قبل الموضحة، روى الكرخى عن أصحابنا: أنه القصاص وإن كانت عمدًا، وبه أخذ بعض مشايخنا، وذكر محمد رحمه الله فى "الأصل": أنه يجب وبه أخذ عامة المشايخ، وجه ما ذكره الكرخى: أن القصاص فيما دون النفس يقف على المساواة فى القيمة، ولا يعرف المساواة فى هذا الشِجاج من طريق الإحاطة واليقين، وإنما تعرف بالتقويم والحزر والظن.

ووجه ما ذكر فى "الأصل" ما تلونا من النصّ، وذكرنا من المعنى أن استيفاء القصاص فى هذه الشِجاج ممكن؛ لأن اعتبار المساواة فيها ممكن، إذ ليس فيه كسر عظم، ألا ترى أن الموضحة إذا كانت عمدًا، يجب منها القصاص، وإنما وجب؛ لما قلنا.

حكى عن بعض المشايخ: أن طريق استيفاء القصاص فى هذه الشِجاج على رواية "الأصل" أن يقدر غور[1] الجراح بمسمار، ثم يعمل على حديد على قدره، فينفذ فى اللحم... إلخ، فيستوفى منه مثل ما فعل كالموضحة، وقولهم: بأن المساواة فى القيمة شرط، قلنا: المساواة فى القيمة إنما يعتبر فى الأطراف، أما فيما دون الأطراف من الجراحات فلا، وهذا لأن قضية القياس فى الأطراف أن يعتبر المساواة فى الأجزاء، ولا يعتبر المساواة فى القيمة؛ لأن المستوفى بالقصاص الأجزاء لا غير، لكن عرفنا المساواة فى القيمة بالنص، وهو حديث عمران بن الحصين رضى الله عنه، والنص الوارد باعتبار المساواة فى القيمة فى الأطراف، وأمر الأطراف أهم؛ لأن فى قطع الأطراف تقوية المنفعة، وإلحاق الشين لا يكون واردًا فى هذه الشِجاج، وفيه إلحاق الشين دون قطع المنفعة، فيرد هذه الشِجاج إلى ما يقتضيه القياس.

فإن قيل: إذا سقط اعتبار المساواة فى القيمة فى الجراحات، ينبغى أن يجرى القصاص بين الرجل والمرأة فى هذه الجراحات، وقد نصّ محمد رحمه الله: أنه لا يجرى القصاص بين النساء والرجل فيما دون النفس.

قلنا: فى الأطراف إنما لم يجر القصاص بين الرجال والنساء لعلتين: إحداهما:

---

(١) هكذا فى "م" و"ف"، وكان فى الأصل: تمور.

أن المساواة فى القيمة شرط، ولم يوجد، والثانى أن الذكر مع الأنثى جنسان مختلفان، وفى السِمحاق والباضعة إن كان لا يمنع جريان القصاص بين الذكر والأنثى لفوات المساواة فى القيمة قطعا، وبقينا يمنع جريان القصاص؛ لأنهما جنسان مختلفان، واختلاف الجنس فيما دون النفس مانع من جريان القصاص إن كان لا يمنع فى النفس، فى كل ما ذكرنا من الشِجاج أنه لا يجب القصاص، فحكمها وحكم الخطأ سواء، فيجب فيها إذا كانت عمدًا ما يجب فيها إذا كانت خطأ، وبيان ذلك يأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى، هذا الذى ذكرنا بيان حكم الشِجاج إذا كانت عمدًا.

١٩٠٩٣- جئنا إلى بيان حكمها إذا كانت خطأ، ففيما قبل الموضحة من الشِجاج أليست تجب حكومة العدل، وقد اختلف المشايخ فى تفسيرها، قال بعضهم: ينظر إلى قدر ما يحتاج إليه من النفقة إلى أن يبرأ مثل هذه الجراحة، فيجب على الجانى ذلك، فإن عرف القاضى مقدار ما يحتاج إليه من النفقة إلى أن تبرأ مثل هذه الجراحة أوجب ذلك القدر على الجانى، وإلا سأل من له علم بذلك من الأطباء، قالوا: وهذا لا يقوى؛ لأن الناس مما يتفاوتون فى ذلك فمنهم من يكون أبطأ براء، ومنهم من يكون أسرع براء، فالتقدير بمقدار ما يحتاج إليه مثل هذه الجراحة من النفقة مما لا يعرف فى كل إنسان لتفاوت الناس فى ذلك، والطحاوى يقول: إن حصل البرء بدواء ضمن قيمة الدواء، أو ساعده على ذلك بعض العلماء.

وقال مشايخ بلخ: التقدير فى ذلك أن ينظر إلى المجنى عليه لو كان عبدًا كم ينقص ذلك من قيمته، فيوجب مقدار ذلك من ديته إن كان ينقص عشر القيمة أوجب عشر الدية، وإن كان ينقص نصف عشر القيمة أوجب نصف عشر الدية، وتفسير هذا وهو أن ينظر إلى قيمة المجنى عليه لو كان عبدًا من غير جراحة كم قيمته، وبعد الجراحة كم قيمته، فإن كان قيمته من غير جراحة يبلغ ألفا يقوم مع الجراحة لو كان عبدًا كم قيمته، فإن كان قيمته تسع مائة علمت أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته، فأوجبت عشر الدية؛ لأن قيمة الحر دية، وبه أخذ شمس الأئمة الحلوانى، وإنه روى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على نحو ما بينا، ولكن قالوا: هذا التقدير لا يقوى؛ لأن جراحات العبد لا تشبه جراحات الحرّ؛ لأن الحرّ إذا شجّ موضحة صغيرة أو كبيرة فهما سواء، ويجب فى الحالين نصف عشر الدية، وإذا شجّ المملوك موضحة صغيرة يجب

فيه أقل مما يجب في الكبيرة، والدليل عليه حديث على رضى الله عنه في الذى قطع طرف لسان الرجل لم يعتبره بالعبيد، بل اعتبره بالحروف المعجمة، ولو كان الاعتبار بالعبيد لأعبر ذلك.

وقال بعضهم: حكومة العدل أن ينظر إلى مقدار هذه الجراحة من أقل الجراحة التى لها أرش مقدر، فإن كان مقدارها من تلك الجناية التى لها أرش مقدر نصفها وجب أرش نصف تلك الجراحة، وإن كان ثلثها يجب أرش ثلث تلك الجناية، وعلى هذا القياس -فافهم-، وأقل الجراحة التى لها أرش مقدر الموضحة وفيها خمس من الإبل، فإن كانت هذه الجناية مثلا باضعة فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها منها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كانت ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة.

قال شيخ الإسلام: وهذا هو الأصحّ لحديث على رضى الله عنه، فإنه اعتبر حكومة العدل في الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار، ولم يعتبر بالعبيد، ومنهم من قال: ينظر إلى أرش ذلك العضو بكماله، وإلى ما نقصته تلك الجراحة، فيجب بذلك القدر من أرش العضو، هذا إذا بقى للجراحة أثر، فأما إن لم يبقَ لها أثر، هل يجب فيها شيء؟ ذكر هذا الفصل في غير رواية الأصل، وذكر فيه خلافًا، فقال على قول أبى يوسف رحمه الله: لا شيء[1] عليه، وعلى قول محمد رحمه الله: يلزمه قدر ما أنفق إلى أن يبرأ.

هكذا ذكر شيخ الإسلام، ومحمد رحمه الله يقول: أزال هذا القدر من مال المجنى عليه بجنايته بغير حق، فكان للمجنى عليه أن يرجع عليه بذلك كالشاهد إذا شهد على غيره بمال، ثم رجع عن شهادته، فإنه يضمن قدر المشهود به، وطريقه ما قلنا.

ولأبى يوسف رحمه الله: أنه إذا لم يبقَ للجراحة أثر صار وجودها والعدم بمنزلة، فكأنه لطمه لطمة، وهناك لا يلزمه شيء سوى التعزير، كذا هنا، وما يقول: بأن الجانى أزال قدر النفعة عن مال المجنى عليه فاسد؛ لأن الجانى كان مختارًا في الإنفاق، ولم

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "لايجب عليه شيء".

يكن مضطرًا فى ذلك[١] بخلاف المشهود عليه؛ لأنه كان مضطرًا فى أداء المال، فإنه متى لم يؤده حبسه القاضى.

فإن قيل: المجنى عليه كان مضطرًا فى الإنفاق على الجراحة، فإنه يخاف السراية لو لم يعالج.

قلنا: خوف السراية لا يثبت الاضطرار؛ لأن السراية موهومة، ولا يثبت الاضطرار بالموهوم.

وفى الموضحة نصف عشر الدية خمس من الإبل، وفى الهاشمة عشر الدية عشر من الإبل، وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشرها، وذلك خمس عشر من الإبل، وفى الآمة ثلث الدية، وفى هذا كله إذا برئ، ولم يبقَ لها أثر لا يجب شىء إلا عند محمد رحمه الله، فإنه قال: يجب مقدار ما أنفق إلى أن يبرأ، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وفى نوادر بشر عن أبى يوسف رحمه الله رجل شجّ رجلا موضحة، فبرأت، ونبت الشعر، قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس عليه شىء، وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه الأرش كملا، وإن برأت ولم ينبت الشعر، فعليه الأرش فى قولهم جميعًا.

١٩٠٩٤- وفى "العيون": شجّ رجلا موضحة فبرأت ونبت الشعر فالقياس أن لا يجب شىء، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يستحسن أن يجعل عليه حكومة عدل مثل أجرة الطبيب، وكذا كل جراحة برأت، وذكر القدورى أن أجرة الطبيب قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف: عليه حكومة عدل فيما لحقه من الألم.

١٩٠٩٥- وفى "العيون": شجّ رجلا منقلة، فبرأت حتى لم يبقَ لها أثر، فلا شىء عليه ما خلا ثمن الأدوية، والذى عالجها به، وهو رواية عن أبى يوسف، وعند أبى حنيفة رحمه الله: لايجب شىء ولو برئ من أثر الشجة، وبقى شىء قليل، قال: إذا بقى شىء من أثرها بعد البرء وإن قلّ، فعليه أرش المنقلة؛ لأن الأرش إذا وجب لا يسقط إلا إذا زال سبب وجوبه من كل وجه.

فى "نوادر هشام" قال: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل شجّ رجلا موضحة

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "فى ذلك، وذلك بخلاف. . . إلخ"

عمدًا، فداواها المجروح قبل أن يتخاصما إلى القاضى حتى برأت، ثم قامت البيّنة على الموضحة، وأثر الشجة من ذهاب الشعر، قال: أسأل البيّنة ما كان[1] مقدار الموضحة، فإن قالوا: لانعلم مقدارها إلا أنها قد أوضحت عنه العظم، لم أقبل شهادتهم فى القصاص، ولكن أضمّنه فى ماله خمسمائة، وإن ذهب من شعر الرأس عشره، فعليه أرش ذلك، وتدخل الموضحة فيه.

ولم يذكر محمد فى الكتاب الدامغة؛ لأن الدامغة ما تصل إلى الدماغ، والآدمى لايعيش معها، فكان قتلا، فلا معنى لذكرها فى الشِجاج.

قال: ولا تكون الآمّة إلا فى الرأس، أو فى الوجه فى الموضع الذى يخلص منه إلى الدماغ، معناه لا يجب حكمها؛ لأن الآمّة ما بلغت الجلدة التى هى على الدماغ، وأما الموضحة والهاشمة والمنقلة فإن موضع هذه الشِجاج الثلث[2] الرأس والوجه جميع المواضع منهما فى ذلك على السواء، حتى لو وجدت هذه الشِجاج فى غيرهما من البدن يجب فيه حكومة عدل، والذقن من الوجه بلا خلاف، والعظم الذى تحت الذقن وهو اللحيان، فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشِجاج الثلث فى اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا خلافًا لمالك رحمه الله حتى لو وجدت هذه الشِجاج الثلاث فى غير الوجه والذقن واللحيين فليس فيها أرش مقدر.

١٩٠٩٦- وفى الجائفة ثلث الدية، والجائفة ما يكون فى الجوف سميت بهذا الاسم؛ لأنه حصلت إلى الجوف، وإذا نفذ إلى الجانب الآخر ففيها ثلث الدية؛ لأنها تصير جائفتان حينئذٍ، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ، وقضى به أبو بكر رضى الله عنه بمحضر من الصحابة، ولا تكون جائفة، أى لا يجب حكمها إلا إذا كان على الصدر أو على البطن أو الظهر أو الجنين؛ لأن الجائفة ما يصل إلى الجوف ولا تكون جائفة على الوجه، وإن نفذت إلى الفم، وفيه حكومة عدل.

وذكر فى باب الشِجاج من الإيضاح ما وصل من الرقبة إلى موضع لو وصل إليه الشراب كان مفطرًا كان جائفة؛ لأن لذلك الموضع حكم الجوف وما فوقه، فليس

(١) وفى م: "بأن كان".

(٢) وفى م: "ثلث الرأس".

بجائفة.

قال فى "المنتقى": وإن كان بين الأنثيين والدبر حتى وصل إلى الجوف، فهى جائفة، وما قبل الموضحة فموضعها جميع البدن، وليس فى شىء من الجراحات أرش مقدر إلا فى الجائفة، ولا يقتص فى شىء من ذلك قبل البرء، وكذلك لا يحكم بأرشها قبل البرء إذا كانت خطأ وفيه آثار، ولأن من أصلنا فى العمد أنه لو مات منها وجب القصاص فى النفس دون الجراحة، فلو استوفيا القصاص فى الحال فيها، فقد استوفيناه مع أنا لانعلم أنه المستحق، وهذا لا يجوز.

١٩٠٩٧- وفى الخطأ الجناية فيما دون النفس قد يوجب أكثر[1] من الدية، وإذا سرت أوجبت الدية، فلو حكمنا بالأرش قبل البرء، فقد استوفينا ما لم نعلم استحقاقه، وإنه لا يجوز، وقصاص الشجة يستوفى على مساحة الشجة فى طولها وعرضها، وإذا كانت فى مقدم الرأس أو مؤخره أو وسطه أو جبينه[2] فعل مثل ذلك بالشاج فى ذلك الموضع من رأسه، ولو شجه موضحة، فأخذت ما بين قرنى المشجوج، وهى لا تأخذ ما بين قرنى الشاجّ خيّر المشجوج إن شاء، اقتص، وبدأ من أى جانب أراد حتى يبلغ مقدار طول الأولى إلى حيث يبلغ، ثم يكف، وإن شاء أخذ الأرش، وإن كانت تأخذ ما بين قرنى الشاج أيضًا ويفضل، فإن شاء، أخذ الأرش، وإن شاء، اقتص ما بين قرنى الشاجّ لا يزيد، وإن كانت فى طول رأس المشجوج، وهى تأخذ من جبهة الشاجّ إلى قفاه، فإن شاء، أخذ الأرش، وإن شاء، اقتصّ إلى مثل موضعها من رأسه، ولا يزيد عليه، وإن كان بين جبهة المشجوج، ولم يبلغ من الشاجّ إلا إلى نصف ذلك، فإن شاء، أخذ الأرش، وإن شاء، اقتصّ مقدار شجته إلى حيث يبلغ، ويبدأ من أى الجانبين شاء.

١٩٠٩٨- وفى "العيون": أصلع ذهب شعره من كبر، فشجّه رجل موضحة عمدًا، فعلى الشاج الأرش دون القصاص؛ لأن موضحة الأصلع أهون، فإن كان الشاج أصلع أيضًا وجب القصاص للمساواة، وإن لم يكن الشاج أصلع، لكن رضى أن يقتص منه ليس له ذلك، وعليه الأرش كصحيح اليد يقطع يد الأشل، ثم يرضى أن

(١) وفى م: "أقل من الدية".

(٢) وكان فى الأصل: "جنبيه".

يقتص منه لم يكن له ذلك، وتجب الحكومة.

في "واقعات الناطفي": موضحة الأصلع أنقص من موضحة غيره، فكان الأرش أنقص أيضًا، وفي الهاشمة يستويان؛ لأن الهاشمة كسر العظم، وعظم الأصلع وعظم غيره على السواء، أما الموضحة شق الجلد، وجلد الأصلع أنقص رقة من جلد غيره، فكان فيها حكومة عدل.

وفي "المنتقى": شجّ رجلا أصلع موضحة خطأ، فعليه للشجة أرش دون أرش الموضحة في ماله، وإن شجّه هاشمة، ففيها أرش دون أرش الهاشمة على عاقلته.

نوع آخر
في شعر الرأس وغيره:

١٩٠٩٩- ولا قصاص في شيء من الشعور؛ لأن القصاص عقوبة، والعقوبات لا تثبت قياسًا، وإنما تثبت نصا أو استدلالا بالمنصوص عليه، ولا نص في الشعور ولا إجماع، وتعذر الاستدلال بالمنصوص عليه؛ لأن النص إنما ورد في الجراحات، قال الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[١]، والشعور ليست في معنى الجراحات؛ لأنه لا يحتاج في تفويته إلى الجراحة، والضرب لا يتوهم فيه السراية، كما يتوهم في الجراحات، وليس فيه إهانة ذي روح كما في الجراحات؛ لأنه لا روح للشعر، ألا ترى أن الإنسان لا يتألم بحلقه، وإذا لم يكن الشعر نظير الجراحة لم يكن النص الوارد في الجراحات واردًا في الشعر، فلو أوجبنا القصاص فيه أوجبناه قياسًا، ولا وجه إليه.

١٩١٠٠- وإذا حلق شعر رأس إنسان ولم ينبت يجب فيه الدية كاملة الرجل والمرأة والصغير والكبير فيه سواء، إلا أنه لا يخاطب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة؛ لأن النبات ثانيًا متصور، وكذلك إذا نتف الحاجبين أو الأهداب، ولم ينبت ففيها كمال الدية، وكذا إذا حلق لحية رجل ولم ينبت مكانها أخرى، ففيها كمال الدية، والأصل فيه ما روى عن علي رضي الله عنه: أنه أوجب في اللحية إذا لم تنبت كمال الدية، فهذا قول نقل عنه، ولم ينقل عن غيره خلاف ذلك، فكان إجماعًا.

(١) سورة البقرة: الآية١٩٤.

وعن سعيد بن المسيّب رضى الله عنه أنه قال: فى الحاجبين الدية، وفى إحداهما نصف الدية.

هكذا عن شريح والحسن والشعبى رضى الله عنهم، والمعنى فيه أنه أزال جمالا ظاهرًا على الكمال والتأبيد، وتفويت الجمال الظاهر يوجب كمال الدية، الدليل عليه ما روى المبرد فى "الكامل" عن النبى ﷺ أنه أوجب فى اعوجاج الوجه كمال الدية[1]، والفائت باعوجاج الوجه مجرد الجمال ظاهرًا، وإنما قلنا: أزال جمالا؛ لأن اللحية جمال وزينة للرجل شرعًا ومعنى، أما الشرع فلأنه روى عن النبى ﷺ: "أنه قال: وإن من تسبيح بعض الملائكة سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب"[2]، ومعنى لأن الجمال ما يزين الإنسان قيامه، ويشينه زواله واللحية مما يزين الرجل قيامها، ويشينه زوالها، وإنما قلنا: إنه زال على التأبيد؛ لأنه لم ينبت مكانها أخرى، فإذا نبت مكانها أخرى فإنه لا يجب شىء؛ لأنه لم يزل ههنا على التأبيد؛ لما نبت مكانه أخرى.

فإن قيل: يشكل بما لو سلخ جلدة الوجه، فإنه لا يجب كمال الدية وقد فوت جمالا.

قلنا: ذكر شيخ الإسلام فى شرحه لا رواية فى هذا، وقواعد[3] مذهبنا يوجب أن يكون عليه كمال الدية، والمسألة يأتى بعد هذا.

ولا يلزم إذا قطع الأظفار، فإنه لا يجب عليه كمال الدية، وقد فوّت جمالا على الكمال، قلنا: لا رواية فى هذا، وقد اختلف فيه المشايخ، ولا يلزم شعر الصدر والساعدين والساقين، لأنا قلنا: أزال جمالا ظاهرًا على الكمال والتأبيد، وهذه الشعور ليست بجمال ظاهر، فأما جمال ما ذكرنا من الشعور فظاهر.

ثم إن محمدًا رحمه الله أطلق الجواب فى اللحية إطلاقًا أنه إذا لم ينبت يجب

---

(١) يوجد الحديث بالمعنى فى "التمهيد" ١٧/ ٣٦٨.

(٢) أخرجه أبو الشجاع فى "الفردوس بمأثور الخطاب" ٤/ ١٥٧ حديث (٦٤٨٨) من طريق عائشة رضى الله عنها، والعجلونى فى "كشف الخفاء" ١/ ٥٣٨ حديث (١٤٤٧)، وذكره المناوى فى "فيض القدير" ٦/ ١٤.

(٣) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: "وقود".

كمال الدية، ولم يفصل الجواب تفصيلا، وقد فصّل مشايخ بلخ الجواب فى ذلك تفصيلا فقالوا: إنما يجب كمال الدية إذا كانت اللحية وافرة؛ لأنه أزال جمالا ظاهرًا على الكمال والتأبيد، وأما إذا لم يكن وافرة بأن لم تكن متصلة ففيها حكومة عدل، وإن كانت شعرات يسيرة على ذقنه، فإنه لا يجب شيء؛ لأنه أزال عنه الشين، ولم يزل عنه الزينة والجمال، ففصّلوا الجواب فيه على هذا التفصيل، ويجب أن يكون الجواب على هذا التفصيل؛ لأن محمدًا رحمه الله ذكر اللحية مطلقًا، ومطلق الاسم يصرف إلى الكامل لا إلى الناقص، وهذا إذا لم ينبت مكانها أخرى.

١٩١٠١- فأما إذا نبت مكانها أخرى فإن نبت مثل الأول بأن[1] كان الأول أسود أو أحمر، فنبت كما كان، فلا شيء عليه، أما إذا نبت مكانه أبيض لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية، وقد ذكر فى غير رواية الأصول، وقال على قول أبى حنيفة رحمه الله: إن كان حرًا، فلا شيء عليه، وإن كان عبدًا فحكومة عدل؛ لأن البياض فى شعر الرأس من العبد مما ينقص ثمنه.

فأما الحرّ لا يلحقه بذلك نقصان، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: فيهما حكومة عدل؛ لأن البياض فى غير وقته عيب وشين.

روى شمس الأئمة الحلوانى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى هذه المسألة تقدير حكومة العدل فى الحرّ أن يقوم أبيض اللحية لو كان عبدًا وأسود اللحية، فيلزمه النقصان الذى بينهما، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ على ما يأتى بيانه -إن شاء الله تعالى-.

ولو حلق جعد عبد إنسان، ونبت مكانه أبيض، يلزمه النقصان، وليس طريق معرفة النقصان فى هذه الصورة أن ينظر إلى قيمة العبد، وبه جعد وإلى قيمته ولا جعد له، وإنما طريقه أن ينظر إلى قيمته، وأصول شعره نابتة، وإلى قيمته وأصول شعره غير نابتة، وهذا لأن إمساك الجعد فى الغلام حرام، هو المرويّ عن أصحابنا؛ لأنهم إنما يمسكون الجعد فى الغلام للأطماع الفاسدة، وجهة الحرام لا يعتبر فى أحكام الشرع.

وعن هذا قيل: إذا نبت الشعر ولم ينبت جعده لا شيء على الحلاق، وسبيل هذا

(١) وكان فى الأصل: "فإن" مكان: "بأن".

سبيل ما قالوا: فى رجل غصب من آخر عبداً ملتحيًا، فأمسك حتى شاخ وأبيض شعره فإنه يلزمه النقصان، ولو غصب وهو أمرد، فالتحى، لا يلزمه نقصان نبات اللحية، وطريقه ما قلنا.

وفى أحد الحاجبين نصف الدية، فالأصل أن ما كان فى نفس الآدمى زوجان يجب الدية كاملة بنفويتهما، فبتفويت أحدهما يجب نصف الدية، وإنما كان كذلك؛ لأن النص أوجب فى أحد الرجلين نصف الدية، والرجل فى نفس الآدمى زوجان، ويجب بقطعهما كمال الدية، فصار هذا أصلا لنا[1] فى جنس هذا الباب، وفى ثنتين من الأهداب نصف الدية، وفى إحداهما ربع الدية؛ لأنه وجب فى كلها الدية الكاملة، وإنها أربعة، وإذا حلق نصف اللحية يجب نصف الدية إذا علم أن الفائت هو النصف، وإن لم يعلم أن الفائت كم هو يجب حكومة عدل.

فإن قيل: إذاعلم أن الفائت هو النصف ينبغى أن يلزمه كمال الدية كما لو حلق الكل؛ لأن الشين الذى يلحقه بحلق النصف أكثر مما يلحقه بحلق الكل.

قلنا: هذا غلط، فإنه يشين الجانب المحلوق، ويزين بالجانب الآخر الذى لم يحلق، فالشين إنما يكمل بفوات الكل لا بفوات البعض.

١٩١٠٢- وذكر فى "فتاوى القاضى": إذا نتف[2] بعض لحيته رجل، يقسم الدية على ما ذهب، وعلى ما بقى، فيجب على الجانى ذلك إذا نبت بعض اللحية يجب حكومة عدل، وفى "فتاوى القاضى" أيضًا، وإذا جب[3] رجلا حتى سقطت اللحية يجب دية كاملة لأجل اللحية، وفى الشارب إذا لم ينبت حكومة عدل فى جنايات الحسن، وإذا حلق اللحية مع الشارب لا يدخل ضمان الشارب فى ضمان اللحية فى أجناس الناطفى.

١٩١٠٣- وإذا قطع ضفيرة امرأته أو امرأة غيره ينبغى أن لا يجب شىء للحال، فقد ذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله: فيمن قطع ذنب برذون، أو حلق شعر جارية،

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى م: "أما".

(٢) وفى ظ: "نبت".

(٣) هكذا فى الأصل وف، وكان فى ظ وم: "وجب".

وذلك ينقصها قال: لا شيء عليه إلا أنه يؤدّب علل، فقال: أن الذنب يطول والشعر ينبت، ومعنى هذا الكلام أنا لو قضينا بالأرش في الحال فإذا نبت الشعر وطال الذنب بعد ذلك وعاد إلى حاله كما كان يجب ردّ الأرش، فلا يفيد القصاص بالأرش، فلو لم يطل، ولم ينبت الآن يكون له حكم -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٩١٠٤- ولا قصاص في جلدة الرأس أو البدن إذا قطع منها شيء، وكذا في لحم الخدّين والظهر والبطن إذا قطع منها شيء، وكذا في الذقن وكذا القصاص في اللطمة والوكزة، ولافي الوجاة والدفعة والدلة؛ لأن ذلك ألم لا جرح فيه كالكلام الموحش، وإذا سلخ جلدة الوجه ففيه الدية كاملا لتفويت الجمال على الكمال كما نبيّن بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر في الأذن:

١٩١٠٥- وفي الأذنين الشاخصتين في الخطأ الدية كملا للحديث ولتفويت جمال على الكمال، وفي إحداهما نصف الدية، واعلم بأن المراعى في إيجاب الدية كملا فيما دون النفس فوات جنس منفعة على الكمال أو فوات جمال على الكمال، وهذا أصل مستنبط من الحديث، بيانه أن النبي ﷺ أوجب في اللسان الدية، وفي الذكر الدية، فقد روى محمد ابن عمرو بن حزم عن جده: "أن النبي ﷺ كتب له كتابًا حين بعثه إلى اليمن، وبيّن فيه الديات، فكتب أن في النفس مائة من الإبل وفي الأنف الدية وفي الشفتين الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الأذنين الدية"[1]، وفي قطع اللسان وقطع الذكر تفويت جنس المنفعة على الكمال، وهي منفعة النطق ومنفعة

---

(١) أخرجه ابن حبان في "صحيحه" ١٤/ ٥٠٧ والنسائي في "المجتبى" ٨/ ٥٧ حديث (٤٨٥٣) ومالك في "موطئه" ٨/ ٨٥٦ حديث (١٥٥٢) وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٥/ ٣٦٢ حديث (٢٦٩٢٥)، وأيضًا عبد الرزاق في "مصنفه" ٩/ ٣٤٣ حديث (١٧٤٨٥) والنسائي في "الكبرى" ٤/ ٢٤٥ حديث (٧٠٥٩) والبيهقي في "الكبرى" ٨/ ٨٨ حديث (١٦٠٢٧) والدارمي في "سننه" ٢/ ٢٥٣ حديث (٢٣٦٦).

الإيلاد، وفى قطع الأذنين تفويت جمال على الكمال لا تفويت جنس المنفعة؛ لأن منفعة الأذن السمع، والسمع لا يفوت على الكمال بقطع الأذن، بل يدخل فيه نقصان، فيراعى هذا المعنى فى الأعضاء التى لا نصّ فيها، وبتفويت السمع تجب الدية كاملة لتفويت جنس منفعة على الكمال، وطريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل فينادى، فإن أجاب لذلك علم أن سمعه لم يذهب، هكذا محمد رحمه اله فى الأصل، وهكذا ذكر فى "المنتقى" عن أبى حنيفة رحمه الله.

وحكى الناطفى عن أبى حازم القاضى، والقدروى عن إسماعيل بن حمّاد: أن امرأة تطارشت يعنى خويشتن اگر ساخت فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها، ثم قال لها فجأة: غطى عورتك، فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها، وظهر مكرها، وقال أبو يوسف رحمه الله فى "المنتقى": لا يعرف ذهاب السمع، والقول فيه قول الجانى، وإذا نبتت[1] الأذن أو انحشفت ففيها حكومة العدل، وإذا قطع الأذن كلها عمدًا ففيها القصاص، وإن قطع بعضها ففيها كذلك إذا كان يستطاع، ويعرف هذا هو لفظ الكرخى، وهو إشارة إلى أن المماثلة فى الأطراف فى مقدار المقطوع شرطًا.

١٩١٠٦- وفى "المنتقى" عن أبى حنيفة رحمه الله: إذا قطع نصف الأذن وكان يقدر على أن يقتص منه مثل ذلك اقتصّ منه، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: للأذن مفاصل، فإذا قطع منها شيئًا وعلم أن القطع من المفصل اقتص منه، والمرجع فى معرفة المفاصل إلى أهل البصر، فإن قالوا: للأذن مفاصل، وقد حصل القطع من مفصل يقتص من ذلك المفصل، وإن قالوا: لا مفاصل له يقطع من أذن القاطع قدر ما قطع.

١٩١٠٧- وفى "الأجناس": إذا كان أذن القاطع صغيرة الحلقة وأذن المقطوع كبيرة الحلقة كان المقطوع أذنه بالخيار إن شاء ضمّنه نصف الدية، وإن شاء قطعها على صغرها، وكذلك لو كانت خرقاء مشقوقة، وإن كان الناقص هى التى قطعته، كان له حكومة عدل.

١٩١٠٨- وإذا قلع الرجل أذن رجل خطأ، وأثبتها المقلوعة أذنه فى مكانها فثبت، فعلى القالع أرش الأذن كملا، قال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى: هذا الجواب

---

(١) هكذا فى جميع النسخ.

غير صحيح؛ لأن الأذن لا يتصور إثباته بالاحتيال، وإنما يثبت باتصال العروق، وإذا ثبت، فالظاهر أنه اتصل بالعروق، فزالت الجناية، فيزول موجبها.

نوع آخر

فى العين:

١٩١٠٩- وفى العينين إذا فقئتا خطأ كمال الدية، وفى إحداهما نصف الدية، وكذلك إذا لم تفقأ، ولكنها انخسفت، أو ذهب بصرها وهى قائمة، يجب كمال الدية فيهما، ونصف الدية فى إحداهما، وإنما وجب كمال الدية فيهما للحديث، ولفوات جنس المنفعة على سبيل الكمال وفوات جمال على الكمال، وفى "شرح الطحاوى": أن فى عين الأعور[1] نصف الدية.

وقال بعض العلماء: فيه كمال الدية؛ لأن العين الواحدة له كالعينين لصاحب العين، وتكلموا فى طريق معرفة ذهاب البصر، قال محمد بن مقاتل الرازى: طريقه أن يستقبل الشمس مفتوحة العين، فإن دمعت عنيه علم أن الضوء باق، وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب.

وذكر الطحاوى فى كتابه: أنه يلقى بين يديه حية، فإن هرب منها علم أنه لم يذهب بصره، وقال محمد رحمه الله فى "الأصل": ينظر إليه أهل ذلك، وإن لم يعلم ذلك بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والإنكار، والقول قول الجانى مع يمينه على البتات، أما اليمين فلأن المجنى عليه يدعى موجب الجناية، والجانى ينكر، وأما على البتات؛ لأن هذا يمين على فعل نفسه، وهو إذهاب بصر غيره، وفى قطع الجفون التى لا شعور عليها حكومة عدل.

وإذا كان الجانى على الأهداب واحدًا وعلى الجفون واحدًا كان على الذى جنى على الأهداب تمام الدية، وعلى الذى جنى على الجفون حكومة عدل.

١٩١١٠- قال فى الأصل: إذا فقئت العين عمدًا، فذهب نورها، ولم ينخسف،

---

(١) وفى ظ: "العور" مكان: "عين الأعور".

ففيها القصاص ؛ لأن اعتبار المساواة ممكن متى لم تنخسف العين بأن يحمى مرآة، وتربط على عينه الأخرى، وتوضع على وجهه قطن، ثم يقرب المرآة من عينه حتى يذهب نورها، وتبقى العين على حالها بخلاف ما لو انخسف العين؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فى ذلك، وذكر الكرخى: أنه لا قصاص فى العين إذا قورت أو انخسفت، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوءها. وهو إشارة إلى م قلنا: إنها إذا قورت، فاعتبار المماثلة فيها غير ممكن.

١٩١١١- وقال فى "المنتقى": قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا قصاص فى قلع الحدقة، إنما القصاص فى العين إذا ضربها وذهب ضوءها والعين قائمة، فإن قلع حدقة إنسان، فقال المقلوع حدقته: أنا أرضى أن يخسف عين هذا لا تقلع حدقته آخذ دون حقى، ذكر فى "المنتقى" قال محمد رحمه الله: ليس له ذلك.

وأما إذا ضرب عين إنسان عمدًا فأبيضت بحيث لا يبصر بها لا يجب القصاص عند عامة العلماء؛ لأن إذهاب بصرها بالأبيضات بالضرب بحيث لا يتعدى إلى غيره متعذر، فعجزنا عن استيفاء القصاص، فلا يجب، وفى كل موضع وجب القصاص لا فرق بينما إذا حصل الضرب بالسلاح أو بشىء آخر غير السلاح، فليس فيما دون النفس شبه العمد.

١٩١١٢- وفى "الأجناس": لو ضرب عين إنسان بإصبعه ضربة خفيفة فذهب بصره وقد تعمد ذلك ففيه القصاص، وهو إشارة إلى ما قلنا، قال: وإن مات من ذلك، فدية النفس على العاقلة جعله عمدًا فيما دون النفس، وشبه عمد فى النفس، وقد تقدم جنس هذا.

١٩١١٣- وفى "الأجناس" أيضًا: إذا فقأ العين اليمنى من رجل والعين اليسرى من الفافئ ذاهبته، وعينه اليمنى قائمة، اقتص من عينه اليمنى، وترك أعمى.

وفى "الأجناس" أيضًا: إذا فقأ عينًا حولا، فإن كان الحول لا يضر ببصره يجب القصاص، وإن كان الحول شديدًا ينقص فى البصر، يجب حكومة عدل.

وذكر فى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله: من فقأ عينًا حولا لا قصاص عليه مطلقًا، وإن كان الفاقئ شديد الحول يضر ذلك ببصره، ففقأ عينًا ليس فيها حول كان

المفقوءة عينه بالخيار إن شاء اقتص، وإن شاء، ضمّنه نصف الدية، وفي "الأصل": إذا فقأ عين رجل وفي عين الفاقئ تلك بياض ينقصها، فالمفقوءة عينها بالخيار إن شاء، أخذ عينه الناقصة، وإن شاء، أخذ دية عينه.

في "الجامع": رجل فقأ عين رجل وعين الفاقئ بيضاء، فالمفقوءة عينه بالخيار إن شاء، فقأ العين البيضاء إذا كان استطاع فيه القصاص، وإن شاء، أخذ أرش عينه؛ لأن محل حقه موجود، ولكن دون حقه في الوصف والمنفعة، فيتخيّر لهذا، واختلفوا في تأويل قوله في الكتاب: إذا كان استطاع فيه القصاص، وأصحّ ما قيل فيه ما نقل عن الكرخي رحمه الله أن تكون عين الفاقئ قائمة يبصر شيئًا قليلا؛ لأنه إذا كان هذا كانت قائمة في نفسها، ولكن بوصف النقصان فيتخيّر.

فأما إذا كان شحمة بيضاء لا يبصر شيئًا أصلا، ففي هذه الصورة لا قصاص فيها؛ لأنه لا عين للفاقئ في هذه الصورة، فهذا هو تفسير استطاعة القصاص ههنا، وإن لم يخيّر شيئًا حتى فقأ رجل عين الفاقئ، فقد بطل حق المفقوءة عينه الأول؛ لأن حقه متعلق بالعين، قال الله تعالى: ﴿وَالعَينَ بالعَينِ﴾[1]، وإنما ينتقل إلى المال إذا اختار المال عند تخيير القاضي أو عند تخيير الجاني، أما قبل ذلك حقه في العين، فإذا فات ظلمًا من غير أن يقضى به حقًا واجبًا عليه كان الهلاك على المفقوءة عينه كما لو كان للفاقئ عينًا صحيحة، فإن اختار المفقوءة عينه الأول الدية، ثم فقأ أجنبي عينه البيضاء ينظر إن صحّ اختياره، ينتقل حقه عن العين إلى الدية، فلايبطل حقه بفوات العين، وإن لم يصحّ اختياره بقي حقه في اليمين، فيبطل حقه بفوات العين، وصحة اختيار المال يبتنى على تخيير القاضي أو على تخيير الجاني، أما إذا اختار بنفسه لا يصحّ الاختيار، وله أن يرجع إلى القصاص إذا انجلى البياض.

ثم في كل موضع صحّ اختيار المجني عليه المال ليس له أن يرجع إلى القصاص، وإن زال البياض عن عين الجاني؛ لأن النقل قد تم لقيام دليله يوم النقل، فلا يحتمل العود إلى القصاص بعد ذلك، وإن لم يخير المجني عليه شيئًا حتى زال البياض عن عين الجاني فليس لواحد منهما أن يمتنع عن القصاص؛ لأن حق المجني عليه في عين العين،

(١) سورة المائدة: الآية٤٥.

وقد أمكنه الاستيفاء، فيكون له الاستيفاء.

١٩١١٤- وفي "المنتقى" قال محمد رحمه الله: رجل شجّ رجلا موضحة بحديدة أو عصًا، فذهب عيناه من ذلك والعين قائمة إلا أنه قد ذهب الضوء قال: اقتصّ من ذلك كله، قال: ولو ذهب عيناه ولسانه، فعليه القصاص في الموضحة، وأما اللسان وما لا يقدر على القصاص فيه، فعليه الدية في ماله، قال: وذهاب عينه من الموضحة بمنزلة ما لو قطع أصابعه فسقط يده من المفصل، فهذا جناية واحدة حتى اقتص من الكف كأنه قطعها من الكف؛ لأن الكف إنما سقط بجنايته.

١٩١١٥- وفي "الجامع الصغير": إذا شجّ رجلا موضحة عمدًا، فذهب من ذلك سمعه وبصره، فلا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة، ولكن يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يجب القصاص في الشجة، وتجب الدية في السمع والبصر، فصار عن محمد رحمه اللع في القصاص روايتان، وستأتي المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٩١١٦- وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله: وإذا كان عينه اليمنى بيضاء، فجنى على إنسان في عينه اليمنى، فذهب عينه، ثم ذهب البياض من عين الجاني كان للمجني عليه أن يقتص من عين الجاني.

١٩١١٧- إذا جنى عن عين فيها بياض يبصر بها، وعين الجاني أيضًا فيها بياض يبصر بها، فلا قصاص بينهما؛ لأنه لا يعرف مقدار الضوء الذي كان بقي لهما، فلا يمكن مراعاة المماثلة فيه.

وفي العين القائمة الذاهب نورها حكومة عدل، وإذا ضرب عين رجل ضربة، فانتقص بعض النظر[1]، أو أصابها قرحة، أو ريح سيل، أو شيء مما يهيج بالعين لم يكن فيه قصاص، وإنما فيه حكومة عدل.

وإذا ضرب عين رجل وأبيض من ضربه، ثم ذهب البياض، وأبصر، فلا شيء على الضارب، قالوا: هذا إذا عاد البصر كما كان، أما إذا عاد دون ذلك، ففيه حكومة

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: "فأبيض بعض الناظر".

عدل.

بارزا فى الخانقاه بطريق التعلم أو بطريق الملاعبة، فضرب أحدهما خشبة على عين الآخر، وذهب عينه يجب القصاص؛ لأنه عمد إلا إذا تعذر إيجاب القصاص بأن خرج العين، فحينئذٍ تجب الدية، ولا يقتص من العين اليمنى باليسرى، ولا من اليسرى باليمنى، وإن كان عين المقتص منه أكبر من عين الجانى أو أصغر، فهو سواء، ويقتص له.

نوع آخر
فى الأنف:

١٩١١٨- قال محمد رحمه الله: وفى الأنف الدية كاملة للحديث ولفوات جنس منفعة على الكمال، وهى منفعة استمساك المخاط وفوات جمال على الكمال، وفى المارن الدية كاملة لفوات جنس منفعة وفوات جمال على الكمال، وقيل: حكومة عدل.

وإذا ضرب أنف رجل وذهب شمّه، يجب كمال الدية فى القدروى، وعن محمد: أنه يجب حكومة عدل، وطريق معرفة ذهاب الشمّ أن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة، فإن نفر عن ذلك علم أنه لم يذهب شمّه.

١٩١١٩- وفى "المنتقى": إذا جنى عليه، فصار لا يتنفس من أنفه، ولكن من فمه، فعليه حكومة عدل، وفى "شرح الطحاوى": إذا قطع المارن ثم الأنف، فإن كان قبل البرء، يجب دية واحدة، وإن كان بعد البرء، تجب الدية فى المارن، وحكومة عدل فى الباقى.

١٩١٢٠- فى جنايات الحسن: إذا كان أنف القاطع أصغر كان المقطوعة أنفه بالخيار إن شاء، قطع أنفه، وإن شاء، أخذ أرشه، وإن كان فى أنف القاطع نقصان من شيء أصابه أو كان أخشم لا يجد الريح، فكذلك الجواب المقطوعة أنفه بالخيار إن شاء قطع أنف القاطع وإن شاء ضمّنه دية الأنف.

وفى القدروى: فى الأنف المقطوعة أرنبته حكومة عدل.

وفى الأصل إذا كسر أنف إنسان ففيه حكومة عدل؛ وإذا قطع كل المارن عمدًا، يجب القصاص، وإذا قطع بعضه، لا يجب، وإذا قطع قصبة الأنف، لا يجب القصاص بالاتفاق؛ لأنه عظم، وإذا قطع كل الأنف، لا يجب القصاص عند محمد رحمه الله، وعند أبى يوسف رحمه الله: يجب هكذا ذكره الكرخى.

قال القدورى: أراد بقوله: إذا قطع كل الأنف، يجب القصاص على قول أبى يوسف رحمه الله كل المارن، أما قصبة الأنف عظم، ولا قصاص فى العظم بالإجماع.

نوع آخر
فى الشفتين:

١٩١٢١- قال محمد رحمه الله فى الأصل: فى الشفتين كمال الدية، وفى إحداهما نصف الدية، العليا والسفلى فى ذلك سواء، هذا هو حكم الخطأ.

وأما حكم العمد فقد ذكر الطحاوى رحمه الله فى شرحه رواية عن أبى حنيفة رحمه الله أنه إذا قطع شفة رجل السفلى أو العليا وكان يستطيع أن يقتص فيه، فعليه القصاص العليا بالعليا والسفلى بالسفلى.

فى القدورى: إذا قطع كل الشفة، يجب القصاص، وإن قطع بعضه، لا يجب - والله أعلم-.

نوع آخر
فى الأسنان:

١٩١٢٢- قال فى "المنتقى": ومن أراد قلع سنك ظلمًا، فلك أن تقتله إذا كنت فى موضع لايعينك الناس، ومن أراد حلق لحيتك، أو أراد أن يبرد سنك بمبرد، فليس أن تقتله، وإن كان لا يعينك الناس؛ لأن الأول جرح، والثانى ليس بجرح.

وقال محمد رحمه الله فى "الأصل": ولا يقتص من عظم ما خلا السن، وهذا

لأن القصاص فى ما عدا السنّ من العظم إنما يجرى لتعذر اعتبار المساواة، واعتبار المساواة فى السن ممكن على ما نبيّن -إن شاء الله تعالى- بعد هذا، وينبغى أن يواخذ الضرس بالضرس والثنية بالثنية والناب بالناب، ولا يؤاخذ الأعلى بالأسفل، ولا الأسفل بالأعلى، فبعد ذلك ينظر إن كانت الجناية بكسر بعض السنّ، يؤخذ من سنّ الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سنّ الآخر، وهذا بالاتفاق، فإن كانت الجناية بقلع سن، ذكر القدروى: أنه لا يقلع سن القالع؛ لأن لا يؤمن الزيادة، ولكن يبرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهى إلى اللحم، ويسقط الباقى، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله.

وذكر شيخ الإسلام فى شرحه: أنه يقلع من القالع، وروى عن رسول الله ﷺ: "أنه أمر بقلع سن الربيع حين قلع سن النضر، وقال فى كتاب الله: القصاص"[1]، وإليه أشار محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" حيث ذكر بلفظة النزع والقلع واحد، وفى "الزيادات" نص على القلع.

١٩١٢٣- وفى "الجامع الصغير": وإذا كسر سن إنسان وسنّ الكاسر أكبر يقتص منه، كذلك فى القلع، ولا قصاص فى السن الزائدة، وإنما فيها حكومة عدل.

وإذا كسر ربع سن إنسان والسن المكسورة مثل ربع سن الكاسر يقتص منه، ولا يكون على الصغير والكبير، بل يكون على قدر ما كسره من السن.

وفى "المنتقى" إذا كسر من سن رجل طائفة منها انتظر بها حولا، فإذا تم الحول، ولم يتغير، فعليه القصاص يبرد بالمبرد، ويطلب لذلك طبيب عالم، ويقال: كم ذهب منها؟ فإن قال: ذهب النصف يبرد من سن القالع النصف.

وفيه أيضًا: إذا كسر من سن رجل بعضها وسقط ما بقى فإن أبا يوسف رحمه الله

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" ١/ ٢١٤ حديث (٢٥٥٦) وفى ٤/ ١٦٣٦ حديث (٤٢٢٩) و٤/ ١٦٨٥ وابن الجارود فى "المنتقى" ١/ ٨٤١) والحاكم فى "المستدرك" ٤/ ٦١٩ حديث (٨٧١٦) وأبو داود فى "سننه" ٤/ ١٩٧ حديث (٤٥٩٥) والنسائى فى "سننه" ٨/ ٢٦-٢٧ حديث (٤٧٥٢ و٤٧٥٧) وابن ماجه فى "سننه" ٢/ ٨٨٤ حديث (٢٦٤٩) وفى "الكبرى" ٥/ ٧٨ و٦/ ٣٣٥، وأحمد فى "مسنده" ٣/ ١٢٨ حديث (١٢٣٢٤) وأبو يعلى أيضًا فى "مسنده" ٦/ ٢٣١ حديث (٣٥١٩) والطبرانى فى "الكبير" ١/ ٢٦٤ و٢٤/ ٢٢٦ حديث (٧٦٨ و٦٦٤) والبيهقى فى "الكبرى" ٨/ ٦٤.

كان يقول: يجب القصاص، وفي القدوري: أنه لا قصاص في المشهور، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله إذا نزع الرجل سن رجل، فنبت نصفها، فعليه نصف أرشها، ولا قصاص في ذلك، وإن نبتت بيضاء تامة، ثم نزعها آخر انتظر لها سنة، فإن نبت، وإلا اقتص منه ولا شيء على الأول، وقال ابن أبي مالك: وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه بقدر الألم، وإن نبتت صفراء، فعليه حكومة عدل.

وروى الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله: في السن إذا نزعت ينتظر بها سنة، فإن لم ينبت اقتص منه، وإن نبتت صفراء، ففيها حكومة عدل.

وري ابن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: في السن إذا نزعت ينتظر بها البرء، ثم يقتص من الجاني.

وفي "شرح الطحاوي": إذا كسر بعض سن إنسان عمدًا، ثم اسودّ الباقي بذلك، أو احمرّت واخضرّت، أو دخلها عيب بوجه من الوجوه، فلا قصاص، ويجب الأرش في ماله، وفي الأصل: كسر سن إنسان عمدًا، واسودّ الباقي لا يجب القصاص، ويجب الأرش في ماله، وبهذه الرواية تبين أن ما ذكره القاضي الإمام صدر الإسلام والصدر الشهيد في "الجامع الصغير"، وإذا كسر بعض سن إنسان، واسودّ الباقي، فينبغي أن يجب فيها حكومة عدل، ليس بصحيح، ولو قال المجني عليه: أأستوفي القصاص في المكسور، وأترك ما اسودّ، ليس له ذلك.

١٩١٢٤- وإذا ضرب سن إنسان، فتحرك يستأني حولا، فإن احمرّ أو اخضرّ أو اسودّ يجب الدية كاملة في مال الجاني يعني دية السنّ، وإذا اصفرّ اختلف المشايخ فيه، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، قال بعضهم: يجب كمال أرش السن كما في الاسوداد والاحمرار، وبعضهم قالوا: يجب حكومة عدل؛ لأنه لا يفوت جنس منفعة السن ولا يفوت الجمال على الكمال؛ لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الأسنان، وإنما تمكن فيه نوع نقص، فيجب حكومة عدل، فأما الخضرة والحمرة والسواد لا يكون لون الأسنان بحال، فيكون مفوّت جمال على الكمال، إن فات منفعة المضغ، وإن لم تفت منفعة المضغ يكون مفوت جمال على الكمال، وتفويت الجمال على الكمال كاف لإيجاب كمال الأرش كما في الأذنين.

وذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسي في شرحه: أن في هذا الفصل اختلاف الروايات.

روى عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يلزمه كمال الأرش كما في الاسوداد.

وعن محمد رحمه الله أنه قال: ينظر في ذلك، فإن كان يلحقه من الشين بسبب الاصفرار مذ لحقه من الشين بسبب الاسوداد، يلزمه كمال الأرش وإلا فبقدر الشين.

وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزمه حكومة عدل، وذكر القدوري أن هشامًا روى عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله: أن سن الحرّ إذا اصفرت، فلا شيء عليه، وإن كان عبدًا، ففيه حكومة عدل، وعن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله: أن فيهما حكومة عدل.

وروى ابن مالك عن أبي يوسف: أن الصفرة إذا اشتدت حتى صارت كالخضرة، ففيهما كمال الأرش، وإن كان دون ذلك، ففيهما حكومة العدل.

ثم إن محمدًا رحمه الله أوجب كمال الأرش باسوداد السن، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى، أو من العوارض التي ترى، قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيهما على التفصيل، إن كان السن من الأضراس التي لا ترى إن فات منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملا، وإن لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة عدل؛ لأن منفعته قائمة، وجماله ليس بظاهر، فهو كشدوة بالرجل، فيجب فيه حكومة عدل، وإن كان السن من العوارض التي ترى، وتظهر من الأسنان، يجب كمال الأرش بالاسوداد وإن لم يفت منفعته؛ لأنه فوت جمال ظاهرًا على الكمال.

١٩١٢٥- وإذا قلع الرجل سن رجل خطأ، ثم نبت، فلا شيء على القالع عند علمائنا رحمهم الله، وروى عنهما في "النوادر": أنه يجب الأرش، والصحيح ما قلنا؛ لأن القياس يأبى وجوب الأرش بالقلع، وإن لم ينبت أخرى؛ لأن المتلف ليس بمال، ولكنا تركنا القياس بالنص، والنص إنما أوجب الأرش إذا لم ينبت مكانه أخرى، فإذا نبت مكانه أخرى، يبقى على أصل القياس، فإن نبت أخرى سوداء، بقي الأرش على حاله؛ لأن الأول لو كان قائمًا، واسودّ بسبب الضرب، يجب الأرش كملا، فههنا أولى.

١٩١٢٦- وإذا نزع سن رجل عمداً، أو انتزع المنزوعة سنه سن النازع، ثم نبت سن الأول، فعلى الأول أرش سن الثاني؛ لأن الأول لما نبت تبين أن القصاص لم يجب وأن الثاني نزع بغير حق، كان ينبغي أن يجب القصاص، لكن لم يجب القصاص لمكان الشبهة، فلا أقل من أن يغرم الأرش ولو نبت معوجا يجب حكومة عدل، ذكر المسألة في "الجامع الصغير".

١٩١٢٧- وفي "الزيادات": إذا قلع الرجل ثنية رجل عمداً فاقتص له من ثنيته القالع، ثم نبت ثنيته المقتص منه، لم يكن للمقتص له أن يقلع تلك الثنية التي نبتت ثانيًا؛ لأنه استوفى عين حقه مرة، وبمثله لو نبت ثنية المقتص له ولم تنبت ثنية المقتص منه غرم المقتص له للمقتص منه أرش ثنيته، وهي المسألة المتقدمة، فقد جعل ثنية المقتص له التي نبت كأنها عين الأولى، حتى ظهر أن القصاص لم يكن واجبًا، وجعل ثنية المقتص منه التي نبت كأنها غير الأول حتى لم يكن للمقتص له عليها سبيل، والوجه في ذلك أن الثنية الثانية غير الأولى حقيقة إلا أنها حصلت في المحل الأولى، فاعتبر اتحاد المحل في حق ثنية المقتص له التي نبت حتى غرم الأرش، واعتبر المغايرة حقيقة في حق ثنية المقتص منه حتى لم يكن للمقتص له عليها سبيل.

١٩١٢٨- قال في "الأصل": إذا نزع ثنية رجل وثنية الجاني سوداء، فالمجني عليه بالخيار على نحو ما ذكرنا في مسألة العين، وتفريع هذه المسألة على نحو تفريع العين، ولو نزع ثنية رجل وثنية النازع سوداء، فلم يتخير المجني عليه شيئًا حتى سقطت السن السوداء، ونبت مكانه أخرى صحيحة، فقد بطل حق المجني عليه؛ لأن حق المنزوعة سنه في السن السوداء، فإذا لم تقلع حتى سقطت فقد ذهب عين حقه لا لمعنى وجد من جهة من عليه، فبطل حقه، ولو قلع رجل ثنية القالع مقلوعة، فنبت ثنيته بعد القلع، فلا قصاص فيه، وللمقلوعة ثنية أرشها؛ لأن المقلوعة ثنية لم يستحق القصاص وقت القلع لعدم محله إنما استحق المال، والمال بعد وجوبه لا يعود إلى القصاص أبداً.

١٩١٢٩- قال في "الأصل": إذا قلع الرجل سن رجل، فأخذ المقلوعة سنه سنه، فأثبتها في مكانها فثبت وقد كان القلع خطأ، فعلى القالع أرش السن كاملا؛ لأن الأرش إنما يسقط إذا زالت الجناية من كل وجه، والجناية ههنا لم تزل؛ لأن السن في هذه

الصورة لا ينبت من الأصل ؛ لأنه لا يتصل بالعروق والعصب ، فكانت الجناية باقية ، فيبقى الأرش ، قال شيخ الإسلام : وهذا إذا لم يعد إلى حالها الأولى بعد الثبات فى المنفعة والجمال ، والغالب أن لايعود إلى تلك الحالة ؛ لأن المقلوع لا يلتزق بالعصب والعروق فى الغالب ، فيكون وجود هذه الثبات ولم يعد ما فات من المنفعة والعدم سواء ، ألا ترى أن إنسانًا لو قلع هذه ثانيًا ، لم يكن عليه شىء إذا لم يعد إلى حالها فى الجمال والمنفعة ، فأما لو تصور عود الجمال والمنفعة بالإثبات لم يكن على القالع شىء كما لو نبت السن المقلوع .

١٩١٣٠- وإذا ضرب سن إنسان ، وتحركت بسبب ضربه ذكر فى الأصل أنه ينتظر لها حولا ، وهذا لما روى عن النبى ﷺ : "أنه قال : يستأنى لها حولا"[1] ، وقد روى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه موقوفًا عليه ، ومرفرعا إلى النبى ﷺ فى بعض الروايات أنه قال فى الجنايات كلها : يستأنى حولا ، وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ : أنه نهى أن يقتص من الجراحة حتى يبرأ ، فالأصل عندنا أنه يستأنى فى الجنايات كلها حولا عمدًا كان أو خطأ ، وإنما قدّر بالحول ؛ لأن السنة تشتمل على الفصول الأربعة التى جعل بها قوام الإنسان ، وهى الحرارة والبرودة واليبوسة والرطوبة ، فوجب انتظار سنة حتى تمر عليه الفصول الأربعة ، فلعل فصلا من الفصول الأربعة يوافق طبع المجنى عليه ، فتبرأ جراحته ويلتام أو يخالف طبعه ، فيموت ، فكان مضى السنة فى الغالب سببًا للبرء والتلف ، فقدر بالسنة لهذا كما قدر مدة العنين بالسنة ، فلهذا المعنى ذكر محمد رحمه الله الاستثناء فى تحريك السن ، ولم يذكر الاستئناء فى القلع ، وفى تحريك السن بستانى حولا سواء كان المجنى عليه بالغًا أو صبيًا ؛ وذلك لأن السن المتحرك قد يشتد وقد يسودّ ، ويسقط فى البالغ والصبى جميعًا ، فوجب الاستئناء حتى لا يصير مستوفيًا الأرش بغير حق متى اشتد بعد ذلك .

١٩١٣١- فأما فى القلع قالوا : الجواب فيه على التفصيل ، إن كان المجنى عليه صغيرًا يستأنى ؛ لأنه يتوهم عوده فى الغالب ، فوجب الاستئناء حتى لا يصير مستوفيًا الأرش بغير حق متى نبت بعد ذلك ، هكذا ذكره الشيخ أبو الحسن القدورى .

---

(١) والحديث ما وجدناه .

١٩١٣٢ - وأما فى البالغ لا يستأنى؛ لأن الغالب فى البالغ أنه لا ينبت ثانيًا، ومتى نبت كان نادرًا، والنادر لا عبرة له، فلم يكن الاستئناء فى البالغ حال القلع مفيدًا إلا أن فى البالغ ينتظر حتى يبرأ موضع السن؛ لأنه يحتمل السراية، فينتظر هذا المقدار.

وبعض مشايخنا قالوا: الاستئناء حولا فى فصل القلع فى البالغ والصغير جميعًا لقوله عليه السلام: «فى الجنايات كلها يستأنى حولا».

وفى "المجرد" عن أبى حنيفة رحمه الله: إذا نزع سن إنسان ينبغى للقاضى أن يأخذ ضمينًا من النازع، ثم يؤجله سنة من يوم النزع، فإذا مضت سنة ولم ينبت اقتص منه.

قال هشام فى "نوادره": قلت لمحمد رحمه الله: فيمن ضرب سن رجل، فسقط انتظر بها حولا لعلها تنبت، فقال: لا، فقلت: قال واحد من إخوانك: ينتظر، قال: لا إنما ذلك إذا تحركت، ثم فى فصل التحريك إذا أوجب الاستئناء حولا، فإن لم يسقط، فلا شيء على الضارب.

وعن أبى يوسف رحمه الله أنه قال: تجب حكومة عدل الألم أى أجر العلاج والطبيب، ذكر هذه الرواية مع هذا التفسير فى "شرح الطحاوى"، وإن سقط السن فى السنة من تلك الضربة، فإن كان عمدًا تجب القصاص، وإن كان خطأ تجب الدية، فإن قال: الضارب سقط لا بضربى كان القول قول المضروب استحسانًا، وعلى هذا إذا ضرب سن إنسان، واسودّ السن، فقال الضارب: إنما اسودّت من ضربة حدث فيها بعد ضربتى، فالقول قول المضروب استحسانًا، هكذا ذكر المسألة فى الأصل، وكذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله، وروى عنه أصلا فقال: كل شيء جعلت له أجلا، فالقول قول المضروب: إنه من جناية هذا، وكل شيء ليس له أجل، فالقول قول الضارب.

وفى "المنتقى": فى الباب الأول من الجنايات رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله فى عين هذه الصورة أن القول قول الضارب، وفى "المنتقى" أيضًا: فى باب حكم أرش الجنايات فيما دون النفس هذه المسألة، فقال: لو جاء المضروب قبل مضى السنة وسنه ساقط، وقال: سقط السن من ضرب هذا قال أبو حنيفة رحمه الله: القياس أن لا

أصدقه، وأجعل القول قول الضارب، ولكنا نستحسن ونجعل القول قو ل المضروب، وليس هذا في شيء من الجنايات إلا في السن للأثر، وذكر هذه المسألة أيضًا: في هذا الباب مرة أخرى، فقال: فجاؤوا بعد السنة والسن ساقطة، فقال الضارب: سقطت من ضربة رجل آخر، فإنه يسأل الضارب متى سقط، فإن قال: في السنة، فالقول قول المضروب: إنها سقطت من ضربه هذا، وإن قال: بعد السنة، فالقول قول الضارب.

١٩١٣٣- قال في "الأصل": وفي كل سن خمس من الإبل أو خمسمائة درهم يريد به حالة الخطأ، وبه ورد الأثر في جميع الأسنان في ذلك على السواء لا يفضل البعض على البعض؛ لأنه لا تفصيل[1] في الأثر، فبعد ذلك ينظر إلى عدد الأسنان إن كان اثنان وثلاثون، يجب ستة عشر ألف درهم، فذلك دية، وثلاثة أخماس دية يؤدى ذلك في ثلاث سنين، في السنة الأولى ستة آلاف درهم وستمائة وستة وستون وثلثان، وفي السنة الثانية بستة آلاف درهم وثلاثمائة وثلاث وثلاثون وثلثه، وفي السنة الثالثة ثلاثة آلاف درهم، ذكره على هذا التفسير.

١٩١٣٤- في "المنتقى": قالوا: وليس في نفس الآدمي شيء من الأعضاء يزداد أرشه على دية النفس إلا الأسنان.

رجلان قاما في اللعب ليتضاربا بالوكز يعني بمشت زدن بر خواستند، فوكز أحدهما الآخر، وكسر سنه، فعلى الضارب القصاص، ولكن بالشرائط التي قلنا؛ لأن هذا عمد، والمسألة كانت واقعة الفتوى، واتفقت الفتاوى على هذا.

١٩١٣٥- وإذا قلع سن صبي، وأجّل حولا، فمات الصبي قبل تمام الحول، فلا شيء على الجاني في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن احتمال النبات لولا الموت قائم، وقال أبو يوسف رحمه الله: فيه حكومة عدل -والله أعلم-.

١٩١٣٦- وإذا ضرب سن رجل، فاسودّ السن بضربه، ثم جاء آخر ونزعها، فعلى الأول: تمام الأرش، وعلى الثاني: حكومة عدل.

وإذا نزع سن رجل، وسن الجاني سوداء، أو صفراء، أو حمراء، أو خضراء، والنزع كان عمدًا يتخير المجني عليه إن شاء اقتص من سنه، وإن شاء ضمّنه أرش سنه

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: "لا تفضيل".

خمس مائة، وإن كان المعيوب سن المجنى عليه، فله أرشها حكومة عدل، ولانقتص منه بسنه -والله أعلم-.

نوع آخر
فى اللسان:

١٩١٣٧- قال محمد رحمه الله وفى "الأصل": فى اللسان الدية، يريد به حالة الخطأللحديث، ولفوات جنس منفعة على الكمال، وهى منفعة النطق التى يمتاز الآدمى بها من سائر الحيوانات، وإذا قطع بعض اللسان إن منعه عن الكلام، ففيه كمال الدية؛ لأنه فوت جنس منفعة على الكمال[1]، وهو المعول عليه فى إيجاب كمال الدية لا نفس العضو، ألا ترى لو قطع لسان أخرس، فإنه لا تجب الدية؛ لأنه لم يفوت جنس منفعة، ولا فوت جمالا على الكمال، فأما إذا منعه عن بعض الكلام دون البعض، فإنه تجب الدية بقدر ما فات، إن كان الفائت نصفًا يجب نصف الدية، وإن كان ربعًا يجب ربع الدية، وكيف يعرف مقدار الفائت من القائم؟ اختلف المشايخ المتأخرون فيه، قال بعضهم: يمتحن بجميع الحروف المعجمة التى عليها مدار كلام العرب، وهى ثمانية وعشرون حرفًا، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف أربعة عشر، وعجز عن النصف علم أن الفائت نصف الكلام، فجب نصف الدية، وإن أمكنه التكلم بثلثه أرباع منها وذلك أحد وعشرون كان الفائت هو الربع، فيجب ربع الدية، وإن أمكنه التكلم بربعها، وهو سبعة كان الفائت ثلاثة أرباعه، فيلزمه ثلاثة أرباع الدية.

والأصل فى هذا ما روى: أن رجلا قطع طرف لسان رجل فى زمن على رضى الله عنه، فأمره على أن يقرأ: ا، ب، ت، ث، فكلما قرأ حرفًا أسقط من الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك.

وقال بعضهم: لا يمتحن بجميع الحروف المعجمة، وإنما يمتحن بالحروف المتعلقة باللسان اللازمة، ؛ لأن من الحروف ما يخرج من الشفتين من غير حركة اللسان كالميم والباء والفاء، ومنها ما يخرج من الحلق من غير حركة اللسان كحروف الحلق، وإذا كان

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "على الكلام".

بعض الحروف فيما[1] يتهيأ إقامته من غير اللسان يمتحن بالحروف التى لا يتهيأ إقامتها إلا باللسان، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف المتعلقة اللسان اللازمة ولم يمكنه بالنصف كان الفائت نصفها، فيلزمه نصف الدية، وإن أمكنه التكلم بالثلث يلزمه ثلثا الدية، قالوا: والأول أصح لوجهين: أحدهما: أن عليّا رضى الله عنه امتحنه فى الكل لا فى البعض، ولأنه إن تهيأ إقامة بعض الحروف من غير اللسان، فإنه لا يتهيأ إفهامه، وتبيينه من غير لسان، والمقصود من الكلام إنما هو الإفهام، فلهذا وجب الامتحان بجميع الحروف المعجمة التى عليها مدار كلام العرب، لا بالبعض، هذا كله فى لسان البالغ، والكلام فى لسان الصبى يأتى بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وإن قطع لسان غيره عمداً ذكر فى الأصل: أنه لا قصاص قطع البعض أو كله، وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه إذا قطع الكل، ففيه القصاص.

وجه ما روى عن أبى يوسف رحمه الله: أن استيفاء القصاص فى الكل ممكن بالقطع من أصله، وفى البعض غير ممكن إذا ليس فيه مفصل يوقف عليه.

وجه ما ذكر فى "الأصل": أن القطع فى اللسان يختلف باختلاف المدّ، ألا ترى أنه يجمع ويبسط، فلا يمكن الاستيفاء على وجه المماثلة، وفى "العيون": قال أبو حنيفة رحمه الله: فى اللسان إذا أمكن القصاص يقتص، وفى "الواقعات": ولا قصاص فى وسط اللسان، ويجب فى رأسه.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: لا قصاص فى اللسان وإن قطع من أصله أو شىء منه.

وإذا ادعى المجنى عليه ذهاب الكلام، يستغفل حتى يسمع كلامه أو لا يسمع، وفى لسان الأخرس حكومة العدل.

نوع آخر:

١٩١٣٨- وفى اللحيين كمال الدية، وفى أحدهما نصفها.

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "مما".

نوع آخر
فى اليد والأصابع:

١٩١٣٩- وفى اليد القصاص إذا قطعت من المفصل، وكذا فى الأصابع القصاص إذا قطعت من المفصل؛ لأن اعتبار المماثلة ممكن إذا حصل القطع من المفصل بأن يصنع المقطوع مفصله السكين على ذلك المفصل، فيفعل ما فعل الأول، وإن قطع[1] من غير المفصل فلا قصاص؛ لأن اعتبار المماثلة غير ممكن إذا حصل القطع من غير المفصل، ولا تقتص اليد اليمنى إلا باليمنى، ولا اليسرى إلا باليسرى، وكذا فى الأصابع لا تقطع السبابة اليمنى إلا بالسبابة اليمنى ولا السبابة اليسرى إلا بالسبابة اليسرى، وكذلك لا يقطع الإبهام بالسبابة ولا السبابة بالوسطى، والحاصل أنه لا يؤخذ شيء من الأعضاء إلا بمثله من القاطع.

١٩١٤٠- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا قطع رجل يد رجل، وفيها ظفر مسودّ، أو جرح، فإن كان فيه ظفر مسودّ، فإنه يجب القصاص، وإن لم يكن ظفر يد القاطع مسودًا؛ وذلك لأن اسوداد ظفر المقطوعة يده مما لا يوجب نقصانًا عن دية يده؛ لأنه لا يوجب نقصانًا فى منفعة اليد وهى البطش، ألا ترى أنه لو قطع يده خطأ كان على عاقلة القاطع نصف الدية، وإذا لم يكن لاسوداد الظفر أثر فى نقصان دية اليد صار وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة، فلايمنع وجوب القصاص، وكان كيد فيها شلول، أو آثار جدرى قطعه إنسان ويد القاطع ليس بها هذا العيب، فإنه يقطع يده بذلك؛ لأن هذا العيب لم يوجب نقصان بدل اليد، فصار وجوده وعدمه بمنزلة، وكان كالعين الحوراء تفقأ بالزرقاء، وإن كان الحوراء أحسن من الزرقاء؛ لأن الزرق لا يوجب نقصانًا فى دية العين، فجعل وجوده وعدمه بمنزلة، وهذا لأنه لا بد من قليل عيب يكون بيد أحدهما، فلو اعتبر ذلك مانعًا لامتنع جريان القصاص فى الأطراف، وهذا مما لا وجه له.

هذا إذا كان ظفر المقطوعة يده مسودًا، فأما إذا كان بيده جراحة إن كانت جراحة لاتوجب نقصان دية يده، بأن كان نقصانًا لا يوهن فى البطش، فإنه لا يمنع وجوب

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "وإن حصل القطع".

القصاص، ويجعل وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة، وإن كان نقصانًا يوهن فى البطش حتى يجب بقطعه حكومة عدل، لا نصف الدية كان بمنزلة اليد الشلاء، واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء؛ لأن الكامل لا يقطع بالناقص، ولأن المساواة فى القيمة شرط ولم يوجد.

١٩١٤١- وإذا قطع الرجل من يد رجل إصبعًا زائدة، فلا قصاص فيه، سواء كان للقاطع إصبع زائدة، أو لم يكن للقاطع إصبع زائدة، فلا يجب القصاص لوجهين: أحدهما: وهو أن القاطع قطع إصبعًا زائدة، وليس له إصبع زائدة، ولا وجه إلى قطع إصبع أخرى، فلا يجب القصاص كمن قطع إبهام إنسان، وليس له إبهام.

والثانى: أن المساواة فى القيمة شرط لجريان القصاص فى الأطراف ولم يوجد؛ لأن قيمة الإصبع الزائدة حكومة عدل، وقيمة إصبع غير زائدة أرش مقدر، ولا مساواة بينهما فى القيمة، وكان بمنزلة الحر إذا قطع يد العبد، أو العبد قطع يد العبد لا يجب القصاص؛ لأنه لم توجد المساواة فى القيمة، كذا ههنا، وإن كان للقاطع إصبع زائدة لا يجب القصاص لعلة واحدة، وهى أن المساواة فى القيمة قطعًا ويقينًا شرط، ولم يوجد؛ لأن الواجب فى قطع الإصبع الزائدة حكومة عدل، وحكومة العدل إنما تعرف بالقيمة، والقيمة تعرف من حيث الحزر والظن، ولهذا لم يجب[1] القصاص فى أطراف العبيد.

فإن قيل: أليس أن القصاص يجرى فى الشجاج التى هى دون الموضحة، والمساواة فى القيمة لا تعرف قطعًا ويقينًا؛ لأن الواجب فيما دون الموضحة حكومة عدل.

والجواب عنه ما قلنا: إن القياس أن لا تعتبر المساواة فى القيمة فى الأطراف، وإنما تعتبر المساواة فى الأجزاء؛ لأن المستوفى هو الأجزاء، وإنما اعتبرنا المساواة فى القيمة شرطا نصّا بخلاف القياس، وما ثبت نصّا بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد باعتبار مساواة القيمة فى الأطراف، وفيه تفويت منفعة وإلحاق الشين لا يعتبر واردًا فى هذا الشِجاج دلالة، وفيها إلحاق شين بلا تفويت منفعة، فيرد هذا الشِجاج إلى ما يقتضيه القياس.

(١) وفى الأصل: "لم يجر".

١٩١٤٢- وإذا قطع الرجل كف رجل من المفصل، وفيها إصبع زائدة، هل يجب القصاص؟ إن كان الإصبع الزائدة مما لا يوهن الكف، ولا يوجب نقصانًا فى البطش، فإنه يجب القصاص؛ لأن الإصبع الزائدة إذا كانت مما لا يوهن الكف، ولا يوجب نقصانًا فى البطش، فإنه لايوجب نقصانًا فى دية اليد، فيجعل وجود هذا النقصان وعدمه بمنزلة، وإن كان يوهن الكف ويوجب نقصانًا فى البطش، فإنه لا يوجب القصاص؛ لأنه بمنزلة اليد الشلاء، ألا ترى أنه لو قطعها إنسان خطأ لا تجب دية اليد، وإنما يجب حكومة عدل، واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء، فكذا هذا.

١٩١٤٣- وإذا قطع يد رجل عمدًا ويد القاطع ناقصة، فهذا على وجهين: إما أن تكون ناقصة وقت القطع، أو انتقصت بعد القطع، فإن كانت ناقصة وقت القطع فهذا على وجهين: إما أن تكون ناقصة من حيث الصفة بأن كانت شلاء، فإنها ناقصة من حيث الصفة؛ لأن الفائت إنما هو الصحة لا المقدار ولا الأجزاء، والصحة صفة، أو كانت ناقصة من حيث القدر بأن كانت فائتًا إصبعًا أو إصبعين.

فإن كان النقصان من حيث الصفة، فالمقطوعة يده بالخيار، فإن اختار القطع، فلا شيء له مع القطع عندهم جميعًا؛ لأن الفائت مجرد الصفة، ومجرد الصفة لا قيمة لها بانفرادها فيما وجب اعتبار المماثلة فيه شرعًا، كما فى مال الربا.

وإن شاء لم يقطع، وأخذ دية يده حتى يصل إليه بدل حقه على الكمال من ماله؛ لأنه كان متعمدًا فى القطع، وكان الصدر الشهيد برهان الأئمة يقول: إنما يثبت الخيار للمقطوعة يده فى هذه الصورة إذا كانت الشلاء مما ينتفع بها مع ذلك، فأما إذا كانت غير منتفع بها فهى ليست بمحل للقصاص، فلا يخير المجنى عليه حينئذٍ، بل له دية يد صحيحة كما لو لم يكن للقاطع ذلك اليد أصلا، وبه يفتى، وتفريع المسألة بعد هذا على حسب ما ذكرنا فى مسألة العين والسن.

وإن كانت ناقصة من حيث القدر، فكذلك يتخير؛ لأنه لو وجد حقه ناقصًا من حيث الصفة دون الأجزاء يتخير، فإذا وجد حقه ناقصًا من حيث القدر والأجزاء أولى أن يتخير، فإن اختار القطع، فلا شيء له على القاطع.

وقال الشافعى رحمه الله: يأخذ منه أرش ما كان فائتًا من أصابعه، وذهب فى

ذلك إلى أن الفائت من حقه المقدار لا الصفة، فإذا أخذ قدر ما وجد كان له أن يأخذ قيمة الباقى كمن كان له على آخر قفيز رطب، فأخذ منه نصف قفيز، ولم يجد الباقى من الرطب، بأن انقطع أوانه، فإنه يأخذ منه قيمة الباقى، فكذلك هذا بخلاف ما لو كانت شلاء؛ لأن الفائت مجرد صفة، وهى الصحة لا القدر والأجزاء، فإذا اختار، أخذها ناقصة، لا يكون له تضمين الجودة كما لو كان له على آخر قفيز رطب جيد، فأخذ منه قفيز رطب ردىء، وعلم بالرداءة، لايكون عليه شىء بإزاء الجودة، فكذلك هذا.

وعلماءنا رحمهم الله قالوا: إن الفائت إن كان قدرًا من حيث الحقيقة، فهى صفة من حيث المعنى؛ لأن حد الصفة أن لا تفوت بفواته شىء من أصل صاحب الحق، وهنا بفوات الإصبع لم يفت شىء من أصله حق المقطوعة يده، فإن كان حقه القطع من الزائد حتى لو أراد قطع الأصابع لم يمكن من ذلك، وفوات الإصبع لم يوجب نقصانًا فى الزائد، وإذا لم يوجب فوات الإصبع نقصانًا فى أصل حقه وهو قطع الزائد كان الإصبع بمنزلة الصفة فى حقه، فكان بمنزلة الشلاء بخلاف ما لو كان على آخر قفيز رطب وأخذ نصف قفيز؛ لأنه استوفى نصف حقه لا الكل، فأما ههنا استوفى كمال حقه لما قطع الزائد إلا أنه استوفاها ناقصة من حيث الجودة كما فى الشلاء.

هذا إذا كانت ناقصة وقت القطع، فأما إذا انتقصت بعد القطع، فهذا على وجهين: إن كان النقصان حاصلا لا بفعل أحد بأن سقط إصبع من أصابعه لآفة سماوية، فالجواب فيه كالجواب فيما لو كانت ناقصة وقت القطع، فكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب هنا، وإن فات بفعل أحد بأن قطع إصبع من أصابعه ظلمًا، أو قطع القاطع إصبعًا من أصابعه، أو قضى به حقًا واجبًا عليه، فالجواب فيه كالجواب فيما لو فات بآفة سماوية، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، فهذا إشارة إلى أن للمقطوعة يده الخيار فى الفصول كلها غير أن النقصان إذا كان بآفة سماوية، واختار قطع اليد لا شىء له من الأرش بلا خلاف، وإن كان النقصان بفعله، واختار القطع لا شىء له من الأرش عندنا، والوجه فى ذلك أن الإصبع بمنزلة الجودة لحقه من حيث المعنى، وقد ذكرنا أن الجودة على الانفراد مما لا يضمن بالإتلاف فيما وجب اعتبار المماثلة فيه شرعًا، كما فى مال الربا.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى فى شرحه: أنه إن قطع إصبعه بقصاص وجب عليه فى الإصبع، فللمقطوعة يده الخيار، وإن قطع يده ظلمًا فلا خيار، وليس له إلا القصاص، وأشار إلى الفرق، فقال: إذا قطع إصبعه قصاصًا، فقد قضى به حقًا مستحقًا عليه، فيصير متلفًا بعض حق صاحب الحق، فيكون له الخيار، ولا كذلك ما إذا قطع يده ظلمًا، وهذا الفرق إشارة إلى أنها لو سقطت بآفة سماوية لا خيار له.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى فى شرحه أنها إذا قطعت لقصاص، فله الخيار، وإذا قطعت ظلمًا أو بآفة سماوية، فلا خيار، وأشار إلى الفرق، فقال: ما قطع قصاصًا، فهو محسوب عليه، فكأنه منعها، فيوجب الخيار، ولا كذلك ما ذهب بآفة سماوية، أو قطعت ظلمًا.

وفى "شرح الجامع" من تعليقى فيما إذا قطعت إصبع القاطع ظلمًا أن محمدًا رحمه الله لم يذكر الخيار، والصحيح أنه لاخيار للقاطع، وكتبت فى الفرق بين هذه الصورة وبينما إذا كانت يد القاطع من الابتداء ناقصة بإصبع أن يد القاطع إذا كانت ناقصة وقت القطع، فحق المقطوعة يده فى يد كاملة لكون اليد المقطوعة كاملة، ويد القاطع ليست بكاملة، فتعلق حقه بهذا اليد، وبقى وصف الكمال حقًا له لا تعلق له بمحل لانعدام وصف الكمال فى يد القاطع، فإن شاء استوفى الأصل ورضى ببطلان وصف الكمال، وإن شاء نقل حقه إلى محل يتمكن من استيفاء حقه فى الأصل، والوصف، وهو الدية، فأما فيما نحن فيه فوصف الكمال فى يد القاطع كان حقًا ثابتًا وقت القطع، فتعلق حق صاحب القصاص بكماله بها، ثم بعد ذلك إذا فاتت إصبع منها، فقد فات محل الاستيفاء، فبطل من الحق بقدر ما فات من المحل، ألا ترى أنه لو هلك كل يد القاطع بطل القصاص، فكذا إذا هلك البعض.

١٩١٤٤- هذا إذا كان يد القاطع قائمة وقت القطع، وأما إذا كانت فائتة وقت القطع بأن قطع يمين رجل ولا يمين للقاطع، فحق المقطوعة يده فى الأرش فى ماله؛ لأنه لم يجد عين حقه، فكان له بدل حقه، فإن كان يد القاطع قائمة وقت القطع، ثم فاتت بعد ذلك، فهذا على وجهين: إما إن فاتت لا بفعله بأن فاتت بآفة سماوية، بأن وقعت فيها أكله فسقطت، أو قطعها إنسان ظلمًا، أو فاتت من جهته بأن قضى حقًا واجبًا عليه،

أو أتلفه بنفسه بأن قطع يمينه، فإن فاتت بعد القطع لا بفعله، فإنه يبطل حق المقطوعة يده؛ وذلك لأن حق المقطوعة يده فى العين، فيفوت حقه لفوات العين كالعبد الجانى إذا هلك، وكمال الزكاة إذا هلك، ولا يضمن القاطع بدله؛ لأن يد القاطع بالقطع لم تزل عن ملكه بدليل أنه لو قطعه إنسان ظلمًا، كان القصاص للقاطع، وإن قطعه خطأ كان الأرش له، فدلّ أن يد القاطع باقٍ على ملكه إلا أنه تعلق به حق الغير، وتعلق حق الغير بملك الإنسان لا يجعل ملكه مضمونًا عليه ما لم يوجد منه تعد على الحق، ألا ترى أن تعلق حق الفقير بمال الغنى بسبب الزكاة، وتعلق حق[1] المجنى عليه بالعبد الجانى لا يجعل ملكه مضمونًا عليه ما لم يوجد منه تعدّ حتى لو هلك فى يده لم يكن عليه ضمان، فكذلك هذا.

فإن قيل: حق الغير إنما يتعلق بملكه بتعديه، فيعتبر بما لو حصل فى يده ملك الغير بتعديه، ولو حصل ملك الغير فى يده بتعديه كان مضمونًا عليه، وإن حصل فى يده لا بتعديه لا يكون مضمونًا، فكذا إذا حصل حق الغير فى يده بتعديه، بخلاف حق الفقير وحق المجنى عليه؛ لأنه تعلق بماله بغير تعديه.

قلنا: تعلق حق الغير بملكه بتعديه إلا أنا متى جعلنا الحق مضمونًا عليه قبل أن يوجد منه تعد على الحق لم يكن للملك القاطع فى يد غيره، فالملك منافٍ للضمان، ومتى لم يحصل مضمونًا عليه بالتعدى سقط اعتبار الحق أصلا، فوفرنا على الملك، وعلى الحق حظهما، قلنا لاعتبار ملك المحل: لا يصير المحل مضمونًا عليه قبل وجود التعدى منه، فإن تعلق حق الغير بتعديه، ولاعتبار الحق جعلنا مضمونًا عليه، فمتى وجد التعدى منه، وإن كان المتلف ملكه توفيرًا على الملك والحق حظهما بقدر الإمكان، وإذا لم تصر اليد مضمونًا قبل وجود التعدى كان بمنزلة الأمانة فى يده، فكان كمال الزكاة والعبد الجانى، والأمانة متى هلكت من غير تعدّ وجد ممن كانت الأمانة فى يده لاضمان عليه، وإن فات بفعله بأن قطع القاطع يد نفسه، أو قضى به حقًا واجبًا عليه بأن قطع يده فى قصاص أو سرقه صار ضامنًا؛ لأنه أتلف حق الغير إما بالإتلاف أو بالقصاص، فصار ضامنًا، وصار كمال الزكاة، فإنه يضمنها صاحب المال حالة الاستهلاك، ولا

---

(١) هكذا فى ظ، وفى الأصل وفى ف وم: "وتعلق حق مولى المجنى عليه".

يضمن حالة الهلاك، فكذلك هنا بخلاف العامل إذا هلك نفسه، أو قضى نفسه حقًا واجبًا عليه بأن قتل غيره عمدًا حتى قتل به أو وجب عليه رجم فإنه لا يضمن وإن أتلف حق الغير؛ لأن المتلف ليس بمال من كل وجه بخلاف الطرف على ما بينّا -والله أعلم- .

١٩١٤٥- قال: وإذا قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدًا واقتص منه، ثم قطع أحدهما بعد ذلك يد صاحبه عمدًا، فلا قصاص بينهما .

١٩١٤٦- في "النوازل": مقطوع الإبهام من يده اليمنى، إذا قطع يمين مثله لا قصاص بينهما، وكذا مقطوع اليد اليمنى، إذا قطع ساعد مثله لا قصاص؛ لأن شرط جريان القصاص في الأطراف المساواة في الأجزاء صورةً ومعنًى، وإنما تعرف المساواة بين الأجزاء معنى بالمساواة في بدلها[١]، ولا مساواة بين الساعدين في البدل إذا ليس للساعد أرش مقدر، إنما فيه حكومة عدل، وحكومة العدل تعرف بالظن والاجتهاد، وما للاجتهاد فيه مجال، لا يخلو عن نوع تفاوت، فلا تتحقق المساواة معنًى .

١٩١٤٧- قال محمد في "الأصل": وإذا قطع الرجل إصبع رجل من المفصل، ثم قطع يد آخر، وبدأ باليد، ثم قطع الإصبع، وذلك كله في يد واحدة بأن كان في اليمنى أو في اليسرى، وحضر صاحب الإصبع والمقطوعة يده وطلبا من القاضي القصاص فإن القاضي أولا يقطع الإصبع، ثم يخيّر صاحب اليد، فإن شاء قطع الباقي بحقه، ولا شيء له من أرش الإصبع، وإن شاء لم يقطع يده، وكان له دية اليد في ماله، أما يقطع القاضي أوّلا الإصبع لصاحب الإصبع، ولا يقطع يده أولا لصاحب اليد؛ لأنه اجتمع في إصبع القاطع حقّان حق صاحب الإصبع؛ لأنه قطه إصبعه وحق صاحب اليد؛ لأن حق صاحب اليد في يد مع الأصابع، وتعذر إيفاء[٢] الحقين بكماله من الإصبع، وتعذر بينهما بالشركة في الإصبع بأن يقطع الإصبع لهما؛ لأنه لا حق لصاحب اليد في قطع الإصبع؛ لأن القاطع لم يكن وضع السكين على مفصل الإصبع، وإنما وضع سكينه على الزند، وليس لوليّ القصاص أن يضع السكين على موضع لم يضع القاطع السكين عليه، وإذا تعذر إيفاء الحقين بكماله من الإصبع وتعذر القضاء

(١) وكان في الأصل وف: "في بدلهما".

(٢) وكان في الأصل: "إيصال" مكان: "إيفاء".

بينهما بالشركة لا بد من البداية بأحدهما، وكانت البداية بصاحب الإصبع أولى؛ لأنه متى بدأنا بصاحب الإصبع لا يفوت حق صاحب اليد فى الكل، بل يبقى فى الباقى، ومتى بدأنا بصاحب اليد، وأطلقنا له القطع من الزند حتى يصل إليه حقه بكماله يفوت حق صاحب الإصبع فى الإصبع كله، وتفويت حق أحدهما فى البعض أهون من تفويت حق أحدهما فى الكل، فكانت البداية بحق صاحب الإصبع أولى من هذا الوجه.

فرق بين هذا وبينما إذا قطع رجل يمنى رجلين، ثم جاءا، وطلبا حقهما من القاضى فإن القاضى لا يبدأ بأحدهما، بل يقضى لهما بالقصاص فى يمينه، ودية اليد فى ماله؛ لأنه إن تعذر إيفاء حق كل واحد منهما فى القصاص بكماله لم يتعذر القضاء لهما بالقطع على سبيل الشركة[1]؛ لأن كل واحد منهما يقطع يد القاطع من الموضع الذى وضع القاطع السكين على يده، ولما أمكن القضاء لهما بالقصاص لم يجز القضاء لأحدهما، وقد استويا فى سبب الاستحقاق، فأما ههنا تعذر القضاء بقطع الإصبع لهما؛ لأنه ليس لصاحب اليد أن يضع السكين على مفصل إصبعه، وإذا تعذر القضاء لهما بالإصبع وجب القضاء لأحدهما، فكان القضاء بالإصبع لصاحب الإصبع أولى من القضاء لصاحب اليد؛ لما بيّنا.

١٩١٤٨- وإذا قطع الإصبع لصاحب الإصبع بعد هذا يتخيّر صاحب اليد؛ لأن حقه كان فى يد كان فيها خمس أصابع؛ لأنه قطع يده وفيها خمس أصابع، وقد وجد يدًا فيها أربع أصابع، فكان ما وجد أنقص من حقه، فيتخيّر كما لو سقط هذا الإصبع بآفة سماوية، أو قطعه رجل آخر ظلمًا، فإن صاحب اليد يتخيّر، فكذلك هذا، وإن شاء لم يقطع، وأخذ منه دية كاملة حتى يصل إلى كمال حقه من حيث البدل إن لم يصل إليه عين حقه بكماله، وإن شاء استوفى كذلك ناقصًا، ولم يكن له على القاطع أرش الإصبع الذى قطع منه كما لو سقط الإصبع منه بآفة سماوية، أو قطعه القاطع بنفسه إذا اختيار قطع اليد، لم يكن له أن يأخذ مع القطع أرش الإصبع، فكذلك هنا.

فإن قيل: يجب أن يكون له أرش الإصبع متى اختار قطع يده؛ لأن من عليه

---

(١) وفى م: "المشاركة".

القصاص في اليد قضى بإصبعه حقًا واجبًا عليه، ومن عليه القصاص فى الطرف إذا قضى بطرفه حقًا مستحقًا عليه يضمن الأرش كما لو قطع يمينى رجلين، فحضرا، وقضى لهما بالقصاص، أو حضر أحدهما ثم حضر الغائب فإنه يضمن الدية؛ لأنه قضى بنصف اليد، أو بجميع اليد حقًا واجبًا عليه، فصار ضامنًا للأرش، فكذلك هذا.

فالجواب: أن من عليه القصاص إذا قضى بطرفه حقًا مستحقًا عليه إنما يضمن أرشه إذا كان حق من له القصاص فى المحل الذى قضى له حقًا مستحقًا عليه ثابتًا مقصودًا، أما فى كل موضع كان حقه ثابتًا تبعًا فلا، ألا ترى أن من قطع يد إنسان وقتل آخر، وقطعت يده لصاحب اليد، وقتل لصاحب النفس لا يغرم لصاحب النفس أرش اليد، وقد قضى بيده حقًا مستحقًا عليه؛ وهذا لأن حق من له النفس فى اليد ثابت تبعًا، والمعنى فيه أن فى إيجاب الأرش اعتبار الحق مقصودًا، وما هو تبع فى حكم لا يصير مقصودًا فى حق ذلك الحكم، إذا ثبت هذا، فنقول: حق صاحب اليد فى الإصبع ثابت تبعًا؛ لأن الجانى ما وضع السكين على إصبعه، وإنما يثبت حقه فى الإصبع تبعًا؛ لأنه فات تبعًا لفوات اليد، ألا ترى أنه لو أراد قطع الإصبع، منع منه، ولو فعل يعذر، فهو معنى قولنا: إن حق صاحب اليد فى الإصبع ثابت تبعًا، فلهذا لا يغرم الأرش.

١٩١٤٩- هذا الذى ذكرنا إذا كان صاحب الإصبع وصاحب اليد حاضرين، وقد طلبا حقهما، فأما إذا كان أحدهما حاضرًا، والآخر غائبًا إن كان الحاضر صاحب الإصبع لا شك أنه يقطع الإصبع له؛ لأن صاحب اليد لو كان حاضرًا معه كان يقطع الإصبع له، فإذا كان صاحب اليد غائبًا أولى.

وإن كان الحاضر صاحب اليد، فإنه يقطع له، وذلك لأن حق الحاضر فى اليد قد ظهر، وثبت وحق الغائب فى الإصبع عسى يظهر وعسى لا يظهر، بأن لا يطلب، أو يعفو، وحق قد ظهر لا يجوز أن يؤخر لحق عسى يظهر وعسى لا يظهر، ألا ترى أنه لو قطع يمينى رجلين وأحد وليّ القصاص حاضر، والآخر غائب، إذا جاء الحاضر، وطلب حقه، فإن القاضى يقضى له بقطع يده؛ لأن حق الحاضر قد ظهر، وحق الغائب عسى يظهر، وعسى لا يظهر، فكذا هذا، فإذا جاء صاحب الإصبع بعد ذلك، فإنه يأخذ أرش الإصبع من ماله؛ لأنه صار قاضيًا بأصل حقه حقًا وجب عليه، ومن عليه القصاص إذا

صار قاضيًا بما هو أصل حق ولى القصاص حقًا عليه، أو أتلفه ضمن.

١٩١٥٠- ولو قطع رجل إصبع رجل من المفصل الأعلى، ثم قطع إصبع آخر من المفصل الأوسط، ثم قطع إصبع آخر من المفصل الأسفل، وذلك كله فى إصبع واحدة، فهذا على وجهين: إما أن يكون أصحاب الأصابع حضورًا، وبعضهم غيّب، فإن كان الكل حضورًا، وطلبوا من القاضى حقهم، فإن القاضى يقطع المفصل الأعلى لصاحب الأعلى، ولا يقطع لصاحب الأوسط والأسفل، وإن كان حق صاحب الأسفل والأوسط ثابتًا فى الأعلى؛ لأنه لا حق لهما فى قطع المفصل الأعلى على سبيل الشركة؛ لأن القاطع لم يضع السكين على المفصل الأعلى من إصبعهما، إنما وضع على صاحب المفصل الأعلى، فإذا تعذر قطع المفصل الأعلى لهم على سبيل الشركة وجبت البداية بحق أحدهم، وكانت البداية بحق صاحب المفصل الأعلى، وإنه لا يفوت حق الآخرين فى الكل، وإنما يفوت فى البعض أولى من البداية لصاحب المفصل الوسطى والسفلى، وفى ذلك تفويت حق صاحب الأعلى من كل وجه، ثم خيّر صاحب المفصل الوسطى؛ وذلك لأن حقه كان فى مفصلين؛ لأن الفائت عليه مفصلان، وقد وجد أحدهما، فيتخيّر كما يتخير صاحب اليد بعد ما قطعنا الإصبع لصاحب الإصبع، فإن شاء قطع من القاطع مفصله الوسطى، ولا شىء له من دية الإصبع، وإن قضى بالمفصل الأعلى حقًا واجبًا عليه؛ لأن حق صاحب المفصل الثانى فى الفصل الأعلى ثابت تبعًا، وإن شاء لم يقطع، وضمّنه ثلثى دية الإصبع؛ لأنه فوّت عليه من إصبعه مفصلين، فيضمن لكل مفصل بثلث دية الإصبع، فإذا قطع تخيّر صاحب المفصل الأسفل، فإن شاء قطع، ولا شىء له من دية الأصابع؛ لما بيّنا، وإن شاء لم يقطع، وأخذ دية إصبعه بكماله من ماله؛ لأنه فوّت عليه إصبعًا كاملا.

وإن حضر أحدهم، وغاب الآخران إن كان الحاضر صاحب المفصل الأعلى يقطع له؛ لأنه لو كان الآخران حاضران معه، كان يقطع له، فإذا كانا غائبين أولى، فإن قطع المفصل الأعلى له، ثم حضر الآخران، فإنهما يتخيّران من الوجه الذى ذكرنا، فإن اختار القطع لايضمن لكل واحد منهما شيئًا.

١٩١٥١- وإذا قطع كف رجل من مفصل، ثم قطع الآخر من مرفقه، وكانا

حاضرين، فإنه يبدأ بحق صاحب الكف، يقطع كفه لصاحب الكف، ولا يبدأ بحق صاحب المرفق، وذلك لأنه اجتمع فى يد القاطع حقّان حق لصاحب الكف وحق لصاحب المرفق، وقد تعذر إيفاء الحقين بكمالهما، وتعذر القضاء بقطع الزند بين صاحب الكف والمرفق على سبيل الشركة، ؛ لأنه لا حق لصاحب المرفق فى قطع الزند؛ لأن القاطع لم يكن وضع السكين على زنده، ولا يمكن القضاء بقطع المرفق لهما؛ لأنه لا حق لصاحب الكف فى المرفق، وإذا تعذر القضاء بالشركة وجب البداية بأحدهما، فكانت البداية لصاحب الكف، والقطع له لا يؤدى إلى تفويت حق صاحب المرفق أصلا أولى، فإذا قطع الكف تخيّر صاحب المرفق؛ لأنه وجد حقه ناقصًا؛ لأن حقه فى يد كامل وقد وجد اليد ناقصًا فيتخيّر، فإن اختار القطع، فلا شيء له، وإن قضى بالكف حقًا واجبًا عليه؛ لما مرّ.

هذا إذا كانا حاضرين، فأما إذا كان أحدهما حاضرًا، والآخر غائبًا، فإنه يبدأ بحق الحاضر أيهما كان؛ لما ذكرنا أن حق الحاضر قد ظهر، وحق الغائب عسى يظهر وعسى لا يظهر، وحق قد ظهر لا يجوز أن يؤخر لحق عسى يظهر، وعسى لا يظهر.

١٩١٥٢- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": رجل قطع يد رجل عمدًا ويد القاطع صحيحة • فقطع المقطوعة يده إصبعًا من أصابع القاطع، ثم قطع قاطع اليد يد رجل صحيحة، فالمقطوعة يده أخرًا بالخيار إن شاء قطع ما بقى من يد القاطع مع المقطوعة يده الأول، وإن شاء أخذ ديته؛ لأن قاطع يده أخذ منه يدًا كاملة، ويد القاطع ناقصة، والتساوى فيما دون النفس معتبر، وكان له الخيار لهذا، فإن قطع المقطوعة يده أخرًا إصبعًا من أصابع القاطع أيضًا، فقد بطل خياره؛ لأن القصاص كان حقًا له، وكان له حق العدول بسبب النقصان، فحين قطع إصبعًا من أصابع القاطع فقد رضى باليد المعيبة فبطل خياره، ويقطع ما بقى من يد القاطع له وللأول لتعلق حق كل واحد منهما بيده.

١٩١٥٣- وإذا قطعت يد القاطع لهما يضمن القاطع للمقطوعة يده أولا نصف أرش يده مؤجلا فى سنتين ثلثاه فى السنة الأولى وثلثها فى السنة الثانية، ويضمن لمقطوعة يده أخرًا ثلاثة أثمان دية يده مؤجلا على الوجه الذى قلنا، وإنما كان هكذا؛

لأنهما لما قطعا ما بقى من الأصابع الثلث صار كل واحد منهما مستوفيًا إصبعًا ونصف إصبع، وكان حق الأول فى يد فيها خمسة أصابع، وصار الأول بقطعه إصبعًا واحدة أول مرة مستوفيًا خمس حقه، وبالقطع الثانى صار مستوفيًا خمس حقه ونصف خمس حقه، وهو إصبع ونصف، فصار مستوفيًا إصبعين ونصف إصبع، وإنه نصف حقه، فبقى حقه فى النصف، فيضمن القاطع له نصف دية اليد لهذا.

والمقطوعة يده أخرًا كان حقه فى يد فيها أربعة أصابع؛ لأن يد القاطع وقت قطع يده كانت منقوصة بإصبع، وصار بقطعه أول مرة إصبعًا واحدًا مستوفيًا ربع حقه، وبالقطع الثانى صار مستوفيًا ربع حقه ونصف ربع حقه، فصار مستوفيًا ربعين ونصف ربع، فبقى حقه فى ربع ونصف ربع وذلك ثلاثة أثمان.

ويكون ما غرم القاطع لكل واحد منهما مؤجلا فى سنتين ثلثاها فى السنة الأولى وثلثها فى السنة الثانية، وكل جزء من أجزاءها يجب أن يكون كذلك، ودية النفس لما كانت تجب مؤجلة فى ثلاث سنين، فكل جزء من أجزاء دية النفس يجب كذلك، حتى إن جماعة لو قتلوا واحدًا خطأً حتى وجب على عاقلة كل واحد منهم بعض الدية، يؤدى ذلك البعض فى ثلاث سنين، كذا هذا، ثم يقطع المقطوعة يده أخرًا إصبعًا من أصابع القاطع لم يحكم بسقوط شىء من حق المقطوعة يده أولا حتى إن حقه بقى فى خمس أصابع، وإن فات بعض استيفاء محل القصاص؛ لأنه صار قاضيًا به حقًا مستحقًا عليه، فصارت ذلك مضمونة عليه، فجعلت باقية حكمًا، ولا كذلك ما إذا كان القاطع أجنبيًا؛ لأن هناك ما قضى بطرفه حقًا مستحقًا، فلم يصر ذلك مضمونًا، بل جعل كأنه فات بآفة سماوية، ففات الحق ضرورة فوات محل الحق، أما هنا بخلافه.

ثم إن محمدًا رحمه الله اعتبر فى هذه المسألة الأصابع، ولم يعتبر الكف حيث جعل حق الأول فى خمس أصابع، وحق الثانى فى أربع أصابع؛ لأن الكف تابع للأصابع فيما هو المقصود من اليد، وهو منفعة البطش، ولهذا يجب الدية بقطع الأصابع مع بقاء الكف، فلهذا اعتبر الأصابع، فلو أن المقطوعة يده أولا مع المقطوعة يده أخرًا ما قطعا يد القاطع حتى قطع القاطع يد ثالث، ثم إن المقطوعة يده الثالث قطع إصبعًا من أصابع القاطع، ثم اجتمعوا، وقطعوا ما بقى من يد القاطع كان على القاطع للمقطوعة

يده أولا ثلاثة أخماس دية يده، وثلث خمس دية يده، وكان عليه للمقطوعة يده ثالثًا ثلث دية يده، وثلث ثلث دية يده وهو فى الحقيقة أربعة أتساع دية يده، وإنما كان هكذا؛ لأن حق الأول كان فى يد فيها[1] خمسة أصابع، وبالقطع الأول استوفى خمس حقه، وبالقطع الثانى صار مستوفيًا ثلثى خمس حقه؛ لأنه صار مستوفيًا ثلثى إصبع واحدة، فصار مستوفيًا خمس حقه فى ثلاثة الأخماس وثلثى الخمس، فيرجع على القاطع بثلاثة أخماس أرش يده وثلث خمس لهذا، والمقطوعة يده الثانى كان حقه فى يد فيها أربعة أصابع، وبالقطع الأول صار مستوفيًا ربع حقه وبالقطع الثانى صار مستوفيًا ثلثى ربع حقه، فبقى حقه فى ربعى حقه، وثلث ربع حقه، فيرجع على القاطع بربعى دية اليد وهو نصف دية اليد، وثلث ربعها لهذا، والمقطوعة يده الثالث كان حقه فى يد فيها ثلاثة أصابع، وبالقطع الأول صار مستوفيًا ثلث حقه، وبالقطع الثانى صار مستوفيًا ثلثى ثلث حقه، فبقى حقه فى ثلث حقه وثلث ثلث حقه، فيرجع على القاطع بثلث دية اليد، وبثلث ثلثها لهذا، يكون ما غرم القاطع لكل واحد منهم مؤجلا فى سنتين ثلثاها فى السنة الأولى وثلثها فى السنة الثانية؛ لما مرّ قبل هذا.

١٩١٥٤- رجل قطع يد رجل عمدًا وقطع من رجل آخر تلك اليد أيضًا عمدًا، فقطع أحدهما يد القاطع من المرفق، فإنه يبطل إحدى اليدين عن القاطع الأول، ويجب على القاطع الأول[2] دية يد بين المقطوعة يداهما نصفان، وإنما كان كذلك؛ لأن اللذين قطعت أيديهما أولا كان لهما أن يقطعا يد القاطع، ويأخذا دية واحدة بينهما نصفان، فإذا قطع أحد صاحبى اليدين يد قاطع اليدين من المرفق، فهذا منه تعدّ، وليس باستيفاء للقصاص؛ لأن القصاص فى الأطراف يعتبر فيه المماثلة فى المحل والفعل، فإذا وضع السكين فوت محل حقه، صار فعله تعديًا كفعل الأجنبى، ولو كان الأجنبى هو الذى قطع يد القاطع لا قصاص عن اليد لفوات محل القصاص من غير أن يقضى به حقًا مستحقًا، ويجب دية يد واحدة بينهما، فههنا كذلك، بخلاف ما لو قطع أحد صاحبى اليدين يد القاطع من الأصابع فإنه يصير مستوفيًا بعض حقه، وإن وضع السكين فى غير محل حقه؛ لأنه القطع من الرسغ.

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل «فى يده منها».

(٢) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل «الثانى» مكان: «الأول».

والفرق أن هناك أتلف ماله حق إتلافه وهو الأصابع، فإن من قطع يده من الرسغ يتلف الأصابع، فصار بالقطع من موضع الأصابع آخذًا ماله أخذه واستيفاء، فيصير مستوفيًا حقه، أما ههنا بخلافه.

ونظير هذا من القصاص إذا أتلف عضوا من أعضاءه من عليه القصاص لا يجب عليه القصاص، ومن له القصاص فى الطرف لو أتلف النفس يجب فيه القصاص.

والفرق ما مرّ، ثم المقطوعة يده من المرفق، وهو الأول بالخيار إن شاء قطع الزراع من الذى قطع يده من المرفق، وإن شاء ضمّنه دية يده، وحكومة عدل فى الزراع، فيكون ذلك فى سنتين ثلثاها فى السنة الأولى وثلثها فى السنة الثانية، إلا أن يزيد ذلك على ثلثى الدية، فحينئذٍ تجب الزيادة فى السنة الثالثة، وإنما تخيّر المقطوعة يده من المرفق؛ لأن يده كانت صحيحة كان له أصابع وكف وساعد، ويد قاطعة كانت ناقصة إذا كانت لها ساعدًا لا كف، فكانت بمنزلة الشلاء مع الصحيحة، فلهذا وجب الخيار، فإن اختار القصاص أخذ ذراعه من المرفق.

١٩١٥٥- فرق بين هذا وبين رجلين لكل واحد منهما ساعد بلا كف، فقطع أحدهما ساعد صاحبه لا يجب القصاص على القاطع، وهنا وجب القصاص على الذى له ساعد بلا كف إذا اختار المقطوعة يده من المرفق القصاص، وهو أنه ثمة إنما يجب باعتبار أن المساواة فى القيمة فى الأطراف شرط، والمساواة بين الساعدين من حيث القيمة قطعا ويقينًا، وإنما تعرف بالحرز والظن بالتقويم، وذلك يقع التفاوت، فينعدم شرط جريان القصاص، أما هنا الذى قطعت من المرفق يد صحيحة، ولها أرش مقدر شرعًا، وإن لم يكن للآخر أرش معلوم يقينًا إنه دونه، وهذا لا يمنع جريان القصاص كالشلاء إذا قطع يدًا صحيحة وجب القصاص، كذا هذا.

وإن اختار الدية كان على القاطع دية اليد، وحكومة عدل للساعد.

وروى عن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الأصول: أن من قطع يد رجل من المرفق لا يكون عليه فى الساعد شىء.

ووجه هذه الرواية: أن الساعد ليس لها أرش مقدر، فجعل ما ليس له أرش مقدر تابعًا لماله أرش مقدر إذا قطعت جملة، كما فى الكف مع الأصابع.

ووجه ظاهر الرواية : أن المعنى الذى لأجله جعل الكف تابعًا للأصابع باعتبار أن الكف متصل بالأصابع، وليس للكف أرش مقدر، فجعل تابعًا للإصبع بهذين المعنيين، أما الساعد لو جعل تبعًا جعل حقًا للأصابع[1] لا للكف؛ لأنه ليس للكف أرش مقدر، ولم يمكن جعله تبعًا للأصابع؛ لأنه غير متصل بالأصابع؛ لأن الكف فاصل، وإذا وجب دية اليد وحكومة العدل يكون ذلك فى سنتين ثلثاها فى السنة الأولى وثلثها فى السنة الثانية، وإن كان يزيد ذلك على ثلثى الدية، فالزيادة تجب فى السنة الأخرى؛ لأن هذا جناية واحدة، والجناية الواحدة لايوجب أرشها فى سنة واحدة أكثر من ثلث الدية، فيجب ما زاد على ثلث الدية فى السنة الثانية، وما زاد على ثلثى الدية يجب فى السنة الثالثة.

وكذلك لو أن رجلا قطع إصبع رجل، ثم قطع المقطوعة إصبعه يد القاطع من المفصل، فقد بطل حق صاحب الإصبع؛ لأنه لما قطع يد القاطع من المفصل، فقد وضع السكين فوق محل قطعه، فلم يكن مستوفيًا حقه، بل كان متعديًا، فصار قطعه وقطع أجنبى آخر سواء، وهناك يبطل حق صاحب الإصبع؛ لما ذكرنا قبل هذا، كذا هذا، فالمقطوع يده بالخيار إن شاء قطع ما بقى من المقطوع إصبعه، وإن شاء غرم دية كاملة؛ لأن المقطوعة إصبعه قطع يد قاطع الإصبع وهى صحيحة، ويد المقطوع إصبعه ناقصة، فتخير على الوجه الذى قلنا.

فإن قيل: إذا اختار المقطوعة يده أخذ الدية يجب أن يغرم قاطع اليد أربعة أخماس دية اليد؛ لأنه قطع يده وإصبع منه كالمملوك له.

قلنا: ملك القصاص ثبت مخالفًا للقياس؛ لما فيه من الإتلاف بإزاء الإتلاف، وإنما عرفنا الثبوت بالشرع إذا أراد الاستيفاء من موضع الاستيفاء وإلى ما يقتضيه القياس، فلم يظهر الثبوت ههنا أصلا.

١٩١٥٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع" أيضًا: رجل قطع يمينى رجلين، فقطع أحدهما إبهام القاطع، وقطع أجنبى آخر الأصابع البواقى، ثم إن المقطوعة يده

---

(١) هكذا فى ف، وكان فى ظ: "لو جعل تبعًا جعل للأصابع"، وفى م: "لو جعل تبعًا حقًا للأصابع".

الذى لم يقطع أصلا قطع الكف، ولا إصبع فيها، ثم اجتمعوا عند القاضى جميعًا، فالقاضى يقضى على قاطع اليدين دية يد واحدة، وذلك خمسة آلاف درهم بين صاحبى القصاص أخماسًا، ويغرم الأجنبى لقاطع اليدين أربعة آلاف درهم.

أما قيمة ما غرم قاطع اليدين بين صاحبى القصاص أخماسًا، فباعتبار أن ما قطعه الأجنبى من أصابع قاطع اليدين بعد قطع أحد صاحب القصاص إبهام القاطع يعتبر باقيه حكمًا؛ لأن أحد صاحبى القصاص لما قطع إصبعًا من أصابع القاطع أولا صار مستوفيًا خمس حقه، فكان المحاسبة معه بالأخماس، وبقطع الأجنبى بعد ذلك أصابع قاطع اليدين لا يتغيّر هذا الحكم والحساب؛ لأن بقطع الأجنبى الأصابع ظلمًا لا يظهر أن أحد صاحبى القصاص حين قطع إصبع يده لم يستوف خمس حقه، وإذا لم يظهر خطأ، حكمنا وحاسبنا[1] بالأخماس، بقى الحكم، والحساب بالأخماس على حاله كما لو لم يقطع الأجنبى.

وإذا بقى بعد قطع الأجنبى من الحكم ما هو الحكم متى لم يقطع الأجنبى جعل قطع الأجنبى فى حق صاحبى القطع كأن لم يكن، فكان ما قطع الأجنبى من الأصابع باقية حكمًا، فصار قاطع الكف قاطعًا الكف مع أربع أصابع، فصار مستوفيًا أربعة أخماس حقه، بقى حقه فى الخمس، والأول استوفى خمس حقه لا غير، فبقى حقه فى أربعة الأخماس، فلهذا كان ما غرم قاطع اليدين بين صاحبى القصاص أخماسًا.

فإن قيل: إذا جعل ما قطع الأجنبى من الأصابع باقية حكمًا ينبغى أن لا يغرم الأجنبى شيئًا.

قلنا: هذه الأصابع فائتة حقيقة، إلا أنا جعلناها باقية حكمًا؛ لما ذكرنا من المعنى، وذلك المعنى يخص صاحبى القصاص، فبقت العبرة للحقيقة فى حق غيرها، وإنما يغرم الأجنبى أربعة آلاف درهم لقاطع[2] اليدين؛ لأنه قطع أربعًا من أصابعه ظلمًا، وذلك سالمة له، وإن كان حق صاحبى القصاص متعلقًا بالأصابع المقطوعة إلا أن تعلق حقهما كان لضرورة الاستيفاء مع أن القياس يأباه؛ لما فيه من تعلق الحق بجزء معين من

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: "حسابنا".

(٢) وكان فى الأصل: "كقاطع" مكان: "لقاطع".

الأجزاء، فلما كان ضروريًا لا يظهر فيما لاضرورة فيه، وهو الانتقال إلى البدل، واعتبر بمن قتل منكوحة إنسان، فالدية تكون لورثتها دون زوجها، ولم يتعلق حق الزوج ببدلها لما كان تعلق حقه ضروريًا، كذا هنا.

١٩١٥٧- وإن اجتمع المقطوعة أيديهما على قطع الكف، ثم أخذا دية اليد قسمت بينهما أخماسًا ثلثه أخماسها للذى لم يقطع الإبهام، وخمساها للذى قطع الإبهام؛ للأن قاطع الإبهام كان استوفى خمس حقه، والآن حين قطعا جميعًا الكف، والأصابع الأربعة قائمة حكمًا، صار مستوفيًا خمسى حقه، فصار ما استوفاه فى المرتين جميعًا ثلاثة أخماس حقه بقى إلى تمام حقه خمساه، فيستوفيهما من الدية، والذى لم يقطع الإبهام صار الآن بقطع الكف مع صاحبه مستوفيًا خمسى حقه بقى إلى تمام حقه ثلاثة الأخماس، فيستوفيهما من الدية.

وإن بدأ الأجنبى، فقطع إصبعًا من أصابع القاطع، ثم قطع أحد صاحبى القصاص بعد ذلك إصبعًا من أصابع قاطع اليدين، ثم عاد الأجنبى، فقطع إصبعًا من أصابع القاطع، ثم إن الذى لم يقطع شيئًا من أصابع القاطع قطع الكف وعليها الإصبعان، فإن القاضى يقضى على القاطع بدية يد واحدة ربعها للذى قطع الكف وثلاثة أرباعها للذى قطع الإصبع، ولا يجعل الإصبع الذى قطعه الأجنبى قبل قطع أحد صاحبى القصاص قائمًا حكمًا، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن فى المسألة الأولى، إنما اعتبر قائمًا حكمًا؛ لأن أحد صاحبى القصاص لما استوفى إصبعًا من أصابع القاطع أولا، فقد استوفى خمس حقه، وبعد قطع الأجنبى لا يتغير هذا الحكم، فجعل ما حصل مقطوعًا بفعل الأجنبى باقيًا حكمًا، أما ههنا أحد صاحبى القصاص لم يقطع شيئًا من أصابع القاطع ليصير مستوفيًا شيئًا من حقه ليجب الحكم، بأنه استوفى خمس حقه حتى يقال: بأن ذلك الحكم، وذلك الحساب لما لم يتغير بقطع الأجنبى جعل قطع الأجنبى وجوده وعدمه بمنزلة، فلم يجعل ذلك الإصبع قائمًا حكمًا، فكان تاويًا عليهما بقيت شركتهما فيما بقى، وقد بقى كف عليها أربع أصابع، فانتهت شركتهما إلى هذا، فإذا جاء أحد صاحبى القصاص وقطع إصبعًا، فقد استوفى ربع حقه، وجرى الحكم بذلك، فيجعل الإصبع الذى قطع الأجنبى بعد ذلك قائمًا حكمًا؛ لما مرّ، فصار قاطع الكف مستوفيًا كفًا فيها ثلاث أصابع حكمًا، فصار مستوفيًا ثلاثة أرباع حقه، بقى حقه

فى الربع وحق الذى قطع الإصبع فى ثلاثة الأرباع، فيقسم الدية المأخوذة بينهما أرباعًا لهذا.

فإن اجتمع صاحبا القصاص على قطع الكف مع الإصبعين، فالدية المأخوذة تقسم بينهما أثمانًا، ثلاثة أثمانها لقاطع الإصبع، وللآخر خمسة أثمانها؛ لأن قاطع الإصبع صار مستوفيًا ربع حقه، وحين قطع الكف، وفيها ثلاثة أصابع صار مستوفيًا إصبعًا ونصف وهو ربع حقه ونصف ربع، فصار مستوفيًا ربعين ونصف ربع وهو خمسة الأثمان بقى حقه فى ثلاثة الأثمان، والآخر صار قاطعًا إصبعًا، ونصف إصبع وهو ربع حقه وهو ثلاثة أثمان حقه، فبقى حقه فى خمسة الأثمان، فلهذا قال: الدية المأخوذة تقسم بينهما أثمانًا.

١٩١٥٨- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": رجل قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، وبرئ منه، ثم عاد وقطع المفصل الثانى من ذلك الإصبع، وبرئ منه أيضًا، ثم اختصما إلى القاضى، فالقاضى يقضى على القاطع بالقصاص فى المفصل الأعلى دون المفصل الثانى، وهذا لأن التساوى فى الأطراف شرط جريان القصاص فيها، وقد وجدت المساواة بين الإصبعين فى المفصل الأعلى دون الثانى؛ لأنه لما تخلل بين القطعين برء لا بدّ وأن يعتبر كل قطع جناية على حدة، وإذا اعتبر كذلك، فنقول: حين قطع المفصل الأعلى، فإصبع كل واحد منهما صحيحة، فتحقق شرط جريان القصاص وهو المساواة، وأما حين قطع المفصل الثانى فإصبع القاطع صحيحة، وإصبع المقطوع مفصلة ناقصة بمفصل، فانقطع شرط جريان القصاص وهو المساواة.

فإن قيل: إصبع القاطع وقت قطع المفصل الثانى، وإن كانت صحيحة صورة، فهى ناقصة معنى؛ لأن المفصل الأعلى من إصبعه صار مملوكًا بالقطع الأول، فصار كالفائت معنى.

قلنا: ملك القصاص ملك ضرورى لا يظهر إلا فى حق الفعل عند الفعل، فقبله يكون معصومًا مملوكًا لصاحبه، ولو كان الاستحقاق ثابتًا قبل الفعل إلا أن مجرد الاستحقاق لايثبت النقصان لامحالة؛ لأن النقصان إنما يحصل بالاستيفاء، والاستيفاء يسقط بأسباب، ألا ترى أنه مندوب إلى العفو، فلم يثبت النقصان بمجرد الاستحقاق،

فلا يجعل المستحق كالفائت، ألا ترى أن من عليه القصاص في النفس، أو الطرف إذا قتله إنسان، أو قطع طرفه، فإنه يجب عليه القصاص له إن كان عمدًا، والدية إن كان خطأ، ولو كان الاستحقاق ثابتًا قبل الفعل على الجواب الأول، أو كان يثبت النقصان بمجرد الاستحقاق على الجواب الثاني، لكان الجواب على عكس هذا، واستشهد في الكتاب، فقال: ألا ترى أن من قطع من إصبع رجل المفصل الأعلى، ثم إن القاطع جاء إلى رجل مقطوع المفصل الأعلى وقطع منه المفصل الثاني، ثم اختصموا إلى القاضي، فالقاضي يقضي على القاطع بالقصاص في المفصل الأعلى للأول، ولا يقضي بالقصاص في المفصل الثاني للثاني، وطريقه ما قلنا.

ثم سأل على نفسه سؤالا، فقال: هاتان جنايتان على رجلين، وما ذكرنا جنايتان على رجل واحد، فلا يشبه هذا ذلك.

ثم أجاب فقال: ألا ترى أنه لو قطع من إصبع رجل المفصل الأعلى وبرئ، ثم مات بسبب آخر، وورثه رجل، وكانت إصبع الوارث مقطوعة المفصل الأعلى، فجاء القاطع قطع من إصبع الوارث المفصل الثاني كان للوارث أن يقطع المفصل الأعلى من إصبع القاطع قصاصًا لمورثه، ولا يقطع المفصل الثاني قصاصًا لنفسه هاتان الجنايتان لشخص واحد، ؛ لأن ما كان للمورث انتقل إلى الوارث، فعلم أنه لا عبرة لاتحاد المستحق، إنما العبرة للتساوي وعدمه، وقد وجد التساوي حال قطع المفصل الأعلى، ولم يوجد حال قطع المفصل الثاني.

١٩١٥٩- هذا الذي ذكرنا إذا قطع المفصل الأعلى[1] وبرأ، ثم عاد، وقطع المفصل الثاني، فأما إذا قطع المفصل الأعلى فلم يبرأ، حتى عاد، وقطع المفصل الثاني، فإنه يقطع إصبع القاطع من المفصل الأعلى[2]؛ لأن بدون تخلل البرء يجعل كأنه قطع المفصلين بدفعة واحدة، وهذه المسألة حجة لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله على أبي حنيفة رحمه الله فيمن قطع يد إنسان، ثم قتله قبل البرء، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله: للولي أن يقطع يده، ثم قتله إن شاء، وعندهما: يقتله ولا يقطع يده.

(١) وكان في الأصل: "ثم" مكان: "واو".

(٢) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "الأسفل" مكان: "الأعلى".

ومن مشايخنا من قال: ما ذكر هنا قولهما، أما على أبي حنيفة رحمه الله: للمقطوع مفصلاه أن يقطع المفصل الأعلى، ثم الأسفل.

ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل، والعذر لأبي حنيفة أن هناك لو ميّزنا القطع عن القتل يبقى كل واحد جناية موجبة للقصاص، فميّزنا تغليظًا وتشديدًا صيانة للأطراف والنفوس، أما ههنا لو ميّزنا لا يبقى القطع الثاني جناية موجبة للقصاص، فجمعنا تغليظًا وتشديدًا صيانة للمفاصل كلها.

١٩١٦٠- ولو قطع المفصل الأعلى وبرئ، واقتص من القاطع، ثم عاد، وقطع المفصل الثاني، وبرئ، يجب القصاص لوجود المساواة إذ إصبع كل واحد منهما وقت قطع المفصل الثاني ناقص بمفصل.

فرق بين هذا وبين رجلين مقطوعي الأصابع، قطع أحدهما كف صاحبه لا يقطع كف القاطع، وكذلك إذا كانا مقطوعي الكف قطع أحدهما زند صاحبه لا يقطع زند القاطع.

والفرق وهو أنه شرط جريان القصاص المساواة المطلقة، وهي المساواة صورة ومعنى، وإنما تعرف المساواة بين الأطراف والأجزاء معنى بالمساواة في بدلها، وقد وجدت المساواة في بدل المفاصل؛ لأن بدل المفاصل الأرش، والأرش مقدّر شرعًا، فتحقق المساواة صورة ومعنى، أما بدل الكف والزند حكومة عدل، وإنه يعرف بالمظنة والاجتهاد، وما للاجتهاد فيه مجال لا يخلو عن نوع تفاوت، فلم تتحقق المساواة معنى، ولهذا لا يجب القصاص.

١٩١٦١- ولو قطع من إصبع رجل نصف مفصل وكسر كسرا وبرئ، ثم قطع ما بقي من المفصل وبرئ لا قصاص عليه في شيء من ذلك، أما في النصف الأول فلحلول الجناية في العظم، وقد ذكرنا أن القصاص لا يستوفى في العظم، وأما في النصف الثاني فلعدم المساواة؛ لأن إصبع القاطع حال ما قطع الثاني من المفصل صحيحة وإصبع المقطوع نصف المفصل ناقصة بنصف المفصل، ولو لم يتخلل بينهما برئ يجب القصاص في المفصل، وجعل كأنه قطع المفصل بدفعة واحدة، وكذلك لو قطع الأصابع من رجل، وعاد وقطع الكف إن لم يتخلل بينهما برء، يجب القصاص في اليد، كأنه قطع

الكل بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء، يجب القصاص فى الأصابع كلها، وحكومة عدل فى الكف، واعتبر كل فعل جناية على حدة.

وكذلك إذا قطع حشفة إنسان خطأ، ثم عاد، وقطع باقى الذكر، إن كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة، وجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء يجب كمال الدية فى الحشفة، وحكومة العدل فى الباقى، واعتبر كل فعل جناية على حدة.

ولو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فقبل البرء قطع النصف من المفصل الثانى، ثم برئ لا قصاص، وجعل كأنه من الابتداء قطع النصف من المفصل الثانى، وهناك لا يجب القصاص، بل يجب الأرش، فههنا كذلك، ولو برئ من القطع الأول، ثم قطع النصف من المفصل الثانى، يجب القصاص فى المفصل الأعلى لوجود الشرط، ويجب نصف الأرش فى الثانى، واعتبر كل قطع جناية على حدة لتخلل البرء.

١٩١٦٢- هذا كله بيان حكم العمد جئنا إلى بيان حكم الخطأ، فنقول: فى اليدين إذا قطعتا خطأ كمال الدية للحديث، ولفوات جنس منفعة على الكمال، وفى إحداهما نصف الدية، ولا يفضل اليمين على الشمال، وإن كان اليمين أكثر بطشًا؛ لأن العبرة فى الجنايات لجنس المنفعة لا للزيادة.

١٩١٦٣- وإذا ضرب على يد رجل فشلت، فعليه الدية كاملة؛ لأنه فوّت جنس منفعة هذا العضو، وتفويت منفعة العضو بمنزلة تفويت العضو، وفى كل إصبع من أصابع اليدين عشر من الإبل عشر الدية، وفى كل مفصل من مفاصل الإصبع ثلث أرش الإصبع إذا كان إصبعًا له ثلث مفاصل كالوسطى والخنصر والبنصر والسبابة؛ لأنه لو قطع جميع الإصبع يجب عشر الدية، ويكون ذلك بإزاء ثلاث مفاصل الأصابع، فيكون بإزاء كل مفصل ثلاثة، وإذا كان إصبعًا له مفصلان، وذلك كالإبهام، ففى كل مفصل يجب نصف دية الإصبع[1]، وفى اليد الشلاء حكومة عدل، وفى الكف حكومة عدل.

١٩١٦٤- وإذا قطع الكف مع بعض الأصابع، أو مع كل الأصابع أجمعوا على أنه لو قطعه والأصابع كلها قائمة فى الكف أن الكف يجعل تابعًا للأصابع، حتى يجب

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "دية الكل".

أرش الأصابع، ولا يجب في الكف شيء؛ لأن هاتين الجنايتين وقعتا على عضو واحد، وأرش إحداهما وهو إتلاف الأصابع أكثر، والأصل في مثل هذا أن يدخل الأقل في الأكثر، ويجعل الأقل تابعًا للأكثر.

وأجمعوا أيضًا: أنه لو كان في الكف ثلاثة أصابع، أنه يجب أرش الأصابع ثلاثة آلا ف درهم أو ثلاثة مائة دينار، ولا يجب في الكف شيء، ويجعل الكف تابعًا لما بقي من الأصابع.

وأما إذا كان على الكف إصبعان أو إصبع واحد، أو مفصل واحد من إصبع واحد، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله يجعل الكف تبعًا لما بقي من الإصبع، ولما بقي من مفصل الإصبع.

وقال محمد رحمه الله: ينظر إلى أرش ما بقي من الإصبع أو مفصل الإصبع وإلى موجب الكف، ويدخل الأقل في الأكثر، وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخر، والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن حال قيام الأصابع إنما جعل الكف تبعًا؛ لأن هاتين جنايتين وردتا على عضو واحد، ولا بدّ أن يجعل أحدهما تبعًا للأخرى كما في الموضحة، فإن من شجّ إنسانًا موضحة، وتناثر بعض شعر الرأس بذلك يجب في الموضحة خمس مائة درهم، ولا يجب بإزاء ما تناثر من شعر الرأس شيء، به ورد الأثر عن النبي ﷺ، فجعلنا الكف تبعًا للأصابع؛ لأن أرش الأصابع مقدر شرعًا، وليس في الكف أرش مقدر شرعًا، وإنما فيه حكومة العدل، وحكومة العدل إنما يعرف بالاجتهاد، وجعل المجتهد فيه تبعًا للمنصوص عليه أولى من جعل المنصوص تبعًا للمجتهد فيه، فجعلنا الكف تبعًا للأصابع لهذا، وهذا المعنى باقٍ ما بقي شيء من الأصابع، فجعلنا الكف تبعًا لما بقي لهذا، وليس في الظفر إذا قلع، ونبت حكومة عدل ولا أرش، وإذا لم ينبت، أو نبت متغيرًا، أو معوجًا، ففيه حكومة عدل، وفي الساعد إذا كسر حكومة عدل، وكذا في الزند إذا كسر حكومة عدل، وفي اليد إذا قطع من نصف الساعد دية اليد، وحكومة عدل فيما وراء الكف، وهو قول إبراهيم النخعي والشافعي رحمهما الله.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجب في الساعد

شيء، وهو قول زفر ومالك وسفيان الثوري رحمهم الله، وكذلك على هذا الاختلاف إذا قطع اليد من المرفق أو من المنكب، فإنه يجب في الكف دية اليد، وحكومة العدل فيما وراء الكف، وعن أبي يوسف رحمه الله: ومن تابعه في المسألة الأولى أنه يجب دية اليد لا غير، والصحيح قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الساعد أصل بنفسه، وليس بتبع للأصابع ولا للكف، وليس له في الشرع أرش مقدر، فيجب فيه حكومة عدل صيانة له قياسًا على ما إذا قطع الساعد بعد قطع الكف.

وإنما قلنا: ليس بتبع للأصابع؛ لأن الساعد غير متصل بالأصابع، بل الكف حائل، وإنما قلنا: إنه ليس بتابع للكف مع كونه متصلا بالكف؛ لأن الكف تابع للأصابع في حكم الأرش حتى لو قطع الكف، وفيها الأصابع لا يجب في الكف شيء، والتبع لا يستتبع غيره، فإذا تعذر جعله تبعًا وجب اعتباره أصلا إذ لا وجه إلى إهداره، ولم يرد الشرع فيه بشيء مقدر، فيجب فيه حكومة عدل.

نوع آخر:

١٩١٦٥- وفي الضلع إذا كسر حكومة عدل، وفي المرفق حكومة عدل، وفي ثديي المرأة دية كاملة؛ لأنه فوت جمالا على الكمال وجنس منفعته على الكمال، وهي منفعة الارتضاع، ولا ذكر في الكتب الظاهرة لثديي المرأة أنه هل يوجب القصاص حالة العمد؟ وفي إحدى ثديي المرأة نصف الدية، وفي حلمتي ثديي المرأة الدية كاملة؛ لأنه فوّت جنس منفعته؛ لأن اللبن لا يستمسك في الثدي بعد فوت الحلمة، وفي إحداهما نصف الدية؛ لأن قطع الحلمة بمنزلة قطع الثدي، وفي إحدى ثديي المرأة نصف الدية، فكذا في إحدى حلمتيها، والكبيرة والصغيرة في ذلك على السواء.

وفي ثديي الرجل حكومة عدل، وفي إحداهما نصف ذلك بخلاف ثديي المرأة، وفي حلمة ثديي الرجل حكومة عدل دون ذلك.

١٩١٦٦- وفي الصلب الدية كاملة، إن منعه من الجماع، أو أحدبه، به ورد الأثر؛ لأنه فوّت جنس منفعة على الكمال إن منعه عن الجماع، أو جمالا على الكمال إن أحدبه به، ولم يمنعه من الجماع، وهو جمال الاعتدال والاستواء.

فأما إذا لم يحدبه ولم يمنعه من الجماع، فهذا على وجهين: إما إن بقى للجراحة أثر أو لم يبقَ، فإن بقى لها أثر، ففيه حكومة عدل، ولم يجب كمال الدية؛ لأن كمال الدية إنما يجب بتفويت جنس منفعة على الكمال، أو تفويت جمال على الكمال، ولم يفت واحد منهما على الكمال، إنما أوجب نقصانًا فى الجمال، فإن أثر الجراحة مما يشينه، ولم يرد الشرع فى تقدير ذلك، فكان التقدير مفوضًا إلى رأى القاضى كما فى مقدار التعزير، فلهذا قال: فيه حكومة عدل.

هذا إذا بقى للجراحة أثر، أما إذا لم يبقَ هل يجب فيها شىء؟ قد مرّ هذا فيما تقدم.

١٩١٦٧- وفى الذكر كمال الدية؛ لأنه فوّت جنس منفعة على الكمال وهو منفعة الوطء، وفى ذكر الخصى حكومة عدل عندنا، سواء كان يتحرك أو لا يتحرك، يقدر الخصى على الوطء، أو لا يقدر.

وقال الشافعى رحمه الله: فيه كمال الدية إذا كان يتحرك، سواء كان يقدر على الوطء أو لا يقدر، وعلى هذا الخلاف ذكر العنين، وأما ذكر الشيخ الكبير إن كان يتحرك ولا يقدر على الوطء، فالجواب فيه كالجواب فى ذكر الخصى وذكر العنين.

وفى الأنثيين كمال الدية؛ لأنه فوّت جنس منفعة، وهى منفعة الإنزال[1]، فإن كان قائمًا بالأنثيين من حيث السحق إن كان مقطوع الآلة، وإن لم يكن مقطوع الآلة بالوطء، وقد فات كله بقطع الأنثيين.

وإذا قطع الحشفة يجب كمال الدية؛ لأن المنفعة الأصلية وهى الإيلاد تفوت بذهاب الحشفة، فإن جاء، وقطع باقى الذكر، فإن كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة، ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء، يجب كمال الدية فى الحشفة، وحكومة العدل فى الباقى، وقد مرّ هذا.

١٩١٦٨- وإذا قطع الذكر والأنثيين من الرجل الصحيح خطأ إن بدأ بقطع الذكر، ففيه روايتان؛ لأن لكل واحد منهما منفعة كاملة، فإن منفعة الذكر الإيلاج، ومنفعة الأنثيين الإنزال، وذلك يوجد مع فقد الذكر، فلم تنتقص الدية، ولو بدأ بالأنثيين، ثم

(١) وفى نسخة أخرى: "الإيلاد" مكان: "الإنزال".

بالذكر، ففى الأنثيين الدية كاملة، وفى الذكر حكومة عدل؛ لأنه حين بدأ بقطع الأنثيين، فمنفعتهما كاملة، فيجب كمال الدية، فإذا قطع الذكر بعده تجب حكومة عدل كما فى ذكر الخصى، فإن قطعهما من جانب الفخذ معًا، فعليه ديتان؛ لأنه حين قطع، فلكل واحد منهما منفعة كاملة، فيجب ديتان، وفى الأليتين إذا قطعتا خطأ كمال الدية؛ لأنه يفوت بقطعهما جنس منفعة على الكمال، وهى منفعة الجلوس، وفى إحداهما نصف الدية.

وفى "المنتقى" عن محمد رحمه الله: إذا قطع إحدى أنثييه، فانقطع ماءه، ففيه دية ونصف، قال: ولا يعلم ذهاب الماء إلا بإقرار الجانى، فإن قطع الباقى من إحدى الأنثيين يجب نصف الدية، ولا ذكر فى الكتب الظاهرة للأنثيين أنه هل يجب فيهما القصاص حالة العمد؟ وإذا قطع الحشفة كلها عمدًا، ففيها القصاص، وإن قطع بعضها، فلا قصاص؛ لأن فى الفصل الأول استيفاء القصاص ممكن؛ لأن له حدًا يمكن إيقاع القطع فيه على ذلك الحد، ولا كذلك الفصل الثانى، ولو قطع بعض الذكر، فلا قصاص فيه، ولو قطع كله ذكر فى "الأصل": أنه لا قصاص؛ لأنه ينقبض وينبسط، ولا يمكن استيفاء القصاص فيه، وصار كاللسان.

وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه يجب القصاص.

١٩١٦٩- وفى الرجلين كمال الدية فى الخطأ، وفى إحداهما نصف الدية، وفى كل إصبع من أصابع الرجل عشر الدية، وفى الرجل فى العمد القصاص إذا قطع من مفصل القدم أو من مفصل الركبة، أو من مفصل الورك؛ لأن استيفاء القصاص فى هذه الصورة ممكن، بخلاف ما إذا قطع من غير مفصل، وكذلك الحكم فى أصابع الرجل إن قطعت من المفصل عمدًا يجب القصاص، وإن قطعت من غير المفصل لا يجب.

١٩١٧٠- وإذا قطع الرجل خطأ من نصف الساق تجب الدية لأجل القدم، وحكومة العدل فيما وراء القدم، والكلام فيه نظير الكلام فى اليد، إذا قطعت من نصف الساعد، وإن كسر فخذه، فبرئت واستقامت، فلا شيء عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وعليه فى قول أبى يوسف رحمه الله: حكومة عدل، وذكر أبو سلمان عن محمد رحمه الله فى كتاب الحجر قال أبو حنيفة رحمه الله: من كسر عظمًا من إنسان يدًا

أو رجلا، أو غير ذلك وبرئ، وعاد كهيئته، فليس فيه عقل، فإن كان فيه نقص أو عثم[1]، ففيه من عقله بحساب ما نقص، وكذلك في الجراحة في الجسد إذا برئ وعاد كهيئته، فليس فيه شيء، ولو كان في شيء من ذلك شلل، ففيه حكومة عدل إلا الجائفة، فإن فيها ثلث دية النفس.

١٩١٧١- وإذا طعن برمح أو غيره في دبر، فصار بحال لا يستمسك الطعام في جوفه، بل يلقيه، ففيه الدية، وإذا ضرب، فسلس بوله، وصار بحال لا يستمسك، فيه الدية.

نوع آخر
في قطع فرج المرأة وغيره:

١٩١٧٢- وإذا قطع فرج المرأة، وصارت بحال لا يمكن جماعها، ففيها الدية، وفي "فتاوى سمرقند": بأن إذا جامع امرأة لا تجامع مثلها، فماتت من ذلك، فعلى عاقلته ديتها.

١٩١٧٣- وفي جنايات "المنتقى": إذا جامع امرأته، فأفضاها حتى لا تستمسك البول، أو تستمسك، فلا شيء عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن له أن يطأها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كانت لا تستمسك البول، فعليه الدية في ماله، وإن كانت تستمسك، فعليه ثلث الدية، ولو دقّ فخذها أو يدها من الوطء، فأرش ذلك من ماله؛ لأنه قد يقع على جسدها في الجماع، ويتعمد ذلك، فهذا منه تعمد.

١٩١٧٤- وعن ابن رستم عن محمد رحمه الله: رجل جامع امرأته ومثلها يجامع، فماتت من ذلك، فلا شيء عليه؛ لأنه كان له أن يجامعها.

١٩١٧٥- وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا جامع امرأة، فذهب منها عين، أو أفضاها، أو ماتت، فهو ضامن.

---

(١) عثم العظم عثمًا: انجبر من غير استواء.

وقال محمد رحمه الله: يضمن فى هذا كله إلا الإفضاء والقتل من الجماع، قال: وهو قول أبى حنيفة رحمه الله فى ما حكاه هشام عن محمد رحمه الله، قال أيضًا: وهو قول أبى يوسف.

وعن الفقيه أبى نصر الدبوسى: إذا دفع أجنبية، فسقطت، وذهبت عذرتها، فعلى الدافع مهر مثلها والتعذير.

وعن الشيخ الإمام الزاهد أبى حفص الكبير رحمه الله: عمن دفع امرأة، فذهبت عذرتها إن عليه الصداق فى ماله، ولو دفع امرأته، ولم يدخل بها بعد، فذهبت عذرتها، ثم طلقها، فعليه نصف المهر؛ لأنه لو وجب عليه كل المهر، لكان عليه لو دخل بها مهران، ولا وجه إليه.

ولو دفع امرأة غيره، فذهبت عذرتها، ثم تزوجها، ودخل بها وجب لها مهران - والله أعلم-.

نوع آخر
فى الجناية على أطراف الصبيّان والنسوان:

١٩١٧٦- قال أصحابنا رحمهم الله: لا يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى الأطراف، ويجرى بينهما فى الأنفس، وقالوا أيضًا: ما كان له بدل مقدر من الأطراف فى الرجل، ففى المرأة نصف ذلك؛ لأن التنصيف فى بدل النفس لتنصيف حالها بالأنوثة فى حق الأحكام، وهذا المعنى موجود فيما دون النفس، وقد صحّ أن عليًا رضى الله عنه سئل عن إصبع المرأة كم فيه؟ قال: خمس من الإبل، ولم يذكر محمد رحمه الله فى "الأصل": ما لم يكن له بدل مقدر.

وذكر شيخ الإسلام فى شرحه: أن فيه اختلاف المشايخ، منهم من قال: يستوى فيه الرجل والمرأة، ومنهم من قال: فى المرأة نصف ما فى الرجل، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى فى شرحه: أن ما ليس له بدل مقدر يستوى فيه الرجل والمرأة عند أصحابنا، قال فى الأصل: والصبى كالبالغ فى دية النفس وأطرافه، إذا كان له

منفعة مقصودة تفوت بقطعها كاللسان واليد والرجل، وأشباه ذلك، ويجب الأرش كملا بتفويتها إذا علم صحتها فى بعضها بالحركة، وفى اللسان بالكلام، وفى العين بما يستدل به على النظر، ولا يكتفى بالأصل، فيقال: الأصل هو الصحة؛ لأن هذا يحتمل التبدل، والمحتمل لا يصلح للإلزام، وما كان فى تفويته تفويت الجمال دون المنفعة كالأذن الشاخصة والشعر، ففيها الدية كاملة من غير فصل؛ لأن الجمال والزينة لا يتفاوت.

١٩١٧٧- فقال فى "الأصل": وإذا قطع ذكر مولود، فإن كان قد بدا صلاحه بأن تحرك، ففى العمد القصاص إذا قطعه من الحشفة، وفى الخطأ الدية كملا، وإن قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص، وإن قطع الذكر من الأصل، فكذلك على رواية "الأصل"، وقد ذكرنا هذا فى ذكر البالغ، وأراد بالتحرك التحرك للبول.

وفى "فتاوى الفضلى": وفى لسان الصبى الدية إذا كان استهل، فأما إذا لم يستهل، ولم يتحرك، ففيه حكومة عدل.

١٩١٧٨- وفى الهارونى: إذا قطع لسان صبى وكان يصحّ، فادّعى القاطع أنه أخرس، وصياحه صياح أخرس لم يقبل قوله، وعليه الدية فى الخطأ، والقصاص فى العمد، وإن لم يسمع له صياح، فعلى القاطع حكومة عدل.

وذكر الكرخى رحمه الله: أن فى لسان الطفل حكومة عدل.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد الطواويسى: أن عامة أصحابنا يقولون: إن فيه كمال الدية؛ لأنه أزال عضوا ينتفع به حالة الانتفاع، فإنه إذا صار بحال ينتفع بسائر أعضاءه ينتفع بلسانه أيضًا هو الظاهر.

ووقع فى بعض نسخ رواية "الجامع" نصًا عن محمد رحمه الله: أن فى لسان الصبى إن استهل حكومة عدل، وإن تكلم، ففيه الدية كملا، وفى الهارونى أيضًا: عن محمد رحمه الله: فى امرأة خرج رأس ولدها، فجاء رجل، وفقأ عينه، جعلت عليه الدية، ولا أجعل عليه القصاص ما لم يخرج مع الرأس نصفه أو أكثر.

١٩١٧٩- وفى الهارونى: فقأ عين صبى ساعة ولد أو بعد ذلك بأيام، وزعم الفاقئ أنه لم يبصر بهذه العين، أو قال: لا أدرى أبصر بها أم لا؟ كان عليه حكومة

عدل، والقول قوله إلا إذا شهد الشهود أنها كانت صحيحة لا يرون بها علة، وإنه كان ينظر بها، فحينئذٍ تجب الدية.

وفى "المنتقى" قال محمد رحمه الله: فى الجنين إذا خرج رأسه من بطن أمه، فقطع إنسان أذنيه، أو فقأ عينه، وقد علم أنه يبصر، ثم ولدته حيّا، فعليه الدية كملا، وإن ألقته ميتًا كان عليه ما نقصته، أو قال: حكومة عدل من قيمة الجنين.

١٩١٨٠- وقال أبو حنيفة رحمه الله: فى سن الصبى الذى لا يشعر[١] أنه لا شيء فيها، وقال أبو يوسف رحمه الله: فيها حكومة عدل.

هكذا ذكر فى "المنتقى"، وذكر فى موضع آخر من "المنتقى" فى سن الصبى الذى لم يشعر[٢] إذا لم ينبت دية كاملة -والله أعلم-.

وفى "نوادر ابن سماعة": قال: سألت محمدًا رحمه الله عن من قلع سن صبى، أو حلق رأس امرأة، فصالح الجانى أب الصبى أو المرأة على دراهم، ثم نبت الشعر أو السن، فأخبرنى أن أباحنيفة قال: يرد الدراهم، وكذلك قول محمد إلا أن محمدًا قال: يمسك منها مقدار ما داوى به السن -والله أعلم-.

نوع آخر

فى تقدير الأشياء التى يجب بإتلافها الدية فيما دون النفس:

١٩١٨١- ذكر الفقيه أبو الليث فى "عيونه"، والشيخ أبو العباس الناطفى فى "أجناسه" و"واقعاته": عشرة فى الإنسان[٣] فى كل واحد الدية كاملة العقل، وشعر الرأس يحلق، أو ينتف، ولا ينبت، والأنف واللسان واللحية يحلق، أو تنتف، فلا ينبت، والصلب إذا كسر وإذا انقطع الماء، وإذا سلس بوله، وفى الدبر إذا طعنه، فلا يمسك الطعام، والذكر، وعشرة أخرى يجب فى كل اثنين منه الدية الحاجبان،

(١) هكذا فى الأصل وظ وم، وكان فى ف: "لايثغر".

(٢) هكذا فى ف وم، وكان فى ظ: "لم يثغر دية كاملة".

(٣) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "الأسنان".

والعينان، والأذنان الشاخصتان، وسمعهما، والشفتان، واللحيان، والرجلان، واليدان، والأنثيان، والأليتان.

قال الناطفي: إنما تجب الدية الكاملة في الأليتين إذا استأصلهما الجاني بحيث لم يبقَ على عظم الورك شيء من لحمها، فإن قطع أقل من ذلك، فحكومة عدل يحكم عليه فيما قطع بقدر[1] ذلك، وفي إحدى الأليتين نصف الدية، وكذلك في كل واحد من الأزواج التي ذكرنا نصف الدية، والمنفعة إذا كانت مقصودة على عضو واحد، كان في تفويته تفويت المنفعة المقصودة منه، فكان فيه الدية، وإذا كانت المنفعة في عضوين فتفويتهما بتفويتهما، فيتعلق وجوب الدية بتفويتهما، وكذلك لو قطع فرج المرأة، فقطع الجانبين حتى وصل إلى العظم، ففيهما الدية، وفي إحداهما نصفهما -والله أعلم-.

نوع آخر
في الجناية تقع على عضو وتتعدى إلى عضو آخر:

١٩١٨٢- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: أن من قطع إصبع إنسان فسقط إصبع آخر بجنبه، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجب القصاص في شيء من ذلك، ولكن تجب دية الإصبعين.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجب القصاص في الإصبع الأولى، والدية في الإصبع الثانية.

وعند محمد رحمه الله: يجب القصاص في الإصبعين، فوجه قول محمد رحمه الله: إن سراية الفعل مضافة إلى الفعل، فيجعل الفاعل كالمباشر للسراية، وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا: إنه بمنزلة المسبب؛ لأن حد السبب أن يفعل في محل فعلا لم يوضع هو لظهور الأثر في محل آخر كحفر البئر عدّ تسبيبًا؛ لأنه فعل في الأرض، وإنه لم يوضع لظهور الأثر في الآدمي بخلاف السراية إلى البدن؛ لأن النفس لا يمكن تناولها بالجناية عليها إلا من قبل جرح البدن، فصار ذلك موضوعًا لظهور الأثر في النفس، فكان مباشرًا.

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "بعد ذلك".

وفى جنايات "الجامع الصغير": وإذا قطع رجل إصبع إنسان عمدًا، فشلت أخرى إلى جنبها، فعليه أرش الإصبعين دون القصاص فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: عليه القصاص فى المقطوعة، وأرش الأخرى، فى مختلفات الفقيه أبى الليث، وإذا قطع الرجل إصبع إنسان عمدًا فانسل السكين إلى إصبع آخر يجب القصاص فى الإصبع الأول، والدية فى الثانى بلا خلاف.

١٩١٨٣- وفى "المنتقى" عن محمد رحمه الله: إذا قطع مفصلا من السبابة، فسقط الوسطى من الضربة يعنى الإصبع الوسطى قطعت الوسطى، والمفصل من السبابة، ولو شلت ما بقى من السبابة، وسقطت الوسطى، فإنى لا أقطع الوسطى، ولا أقتص من السبابة.

١٩١٨٤- ولو كسر بعض السن، وسقط الباقى، ففيها القصاص بمنزلة ما لو قطع إصبع إنسان، فسقط منه اليد، فإنه يجب القصاص فى اليد، كذا هنا.

١٩١٨٥- وروى ابن مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله: إذا قطع إصبع رجل من مفصل أو غير مفصل، فسقط الكف قال: إن كان الكف سقط من المفصل، ففيها القصاص، وإن سقط من غير مفصل فلا قصاص، لا فى الكف، ولا فى الإصبع، وهو قول أبى يوسف رحمه الله.

قال: وقد روى أبو يوسف رحمه الله أيضًا: عن أبى حنيفة فى غير هذه الصورة أنه إن كان قطع الإصبع من مفصل، وسقط الكف من مفصل اقتصّت، فإن كان قطع الإصبع من غير مفصل، وسقط الكف من مفصل أو كان قطع الإصبع من مفصل، وسقط الكف من غير مفصل، فلا قصاص.

وفى "العيون": عن أبى يوسف رحمه الله فى عين هذه الصورة: إنى إنما أنظر إلى السقوط، لا إلى أصل الجراحة، فإن كان السقوط من المفصل يقتص منه وإلا فلا، ولو قطع إصبع رجل عمدًا، فشلت الكف، فلا قصاص فى الإصبع، وفى اليد دية فى قول أصحابنا، وكذلك لو قطع مفصلا من إصبع رجل، فشلت، ففيما شل من ذلك دية، ولا قصاص فى قولهم جميعًا، بخلاف ما إذا قطع إصبع رجل، فشلت أخرى بجنبها، حيث يجب القصاص فى المقطوعة عندهما.

فالحاصل أن أصحابنا اتفقوا فى العضو الواحد، إذا قطع بعضه، فشلّت بقيته، أو شلّت ما هو تبع للمقطوع لو قطع معه، أنه لا قصاص، واختلفوا فى العضوين ليس أحدهما تبعًا للآخر، والثانى لا قصاص فيه، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا قصاص فيه أصلا على نحو ما بيّنا.

١٩١٨٦- قال محمد رحمه الله فى "المنتقى": رجل شجّ رجلا موضحة بحديدة أو بعصا وذهبت عيناه من ذلك والعين قائمة إلا أنه قد ذهب العضو قال: اقتص من ذلك كله، وذكر هذه المسألة فى "الجامع الصغير"، وقال: على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا قصاص فى الموضحة وفيها وفى البصر الأرش.

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: فى الموضحة القصاص، وفى البصر الدية، ولو ذهبت عيناه ولسانه وجماعه، فعليه القصاص فى الموضحة والعين، وأما الجماع واللسان وما لا يقدر على القصاص فيه، فعليه فيه الدية.

١٩١٨٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل جبّ رجلا فسقطت لحيته، فإن كان قطعه من فوق فعليه ثلاث ديات، وإن كان قطعه من أسفل، فعليه ديتان، دية لأجل الأنثيين ودية لأجل اللحية، والحكومة لأجل الذكر.

١٩١٨٨- وفيه أيضًا عن محمد رحمه الله: رجل جنى على رجل، فذهب شمّه، فصار لا يجد الريح قال: فيه حكومة عدل، قال: ألا ترى أنه لو جنى عليه، فصار لا يتنفس من أنفه، ويتنفس من فيه أن فيه حكومة عدل.

١٩١٨٩- وفيه أيضًا عن أبى يوسف رحمه الله: رجل رمى رجلا رمية، ففقأ عينه، وبلغت الرمية الدماغ، فعليه نصف الدية للعين، وحكومة لما نفذ من العين إلى الدماغ؛ لأن الرمية وقعت على شيء له أرش مقدر، فيكون فيما جاوزه حكومة.

وفى "العيون": إذا رماه فى عينه، فأنفذها فى قفاه، فعليه فى العين نصف الدية، وعليه أيضًا: حكومة عدل، فإن أصاب الدماغ، ونفذ، فعليه فى العين نصف الدية، ومنها إلى أن يصل إلى الدماغ حكومة العدل، وإذا نفذ فى الدماغ، فله ثلث الدية.

وفى "نوادر ابن سماعة" أيضًا: عن أبى يوسف رحمه الله: إذا رمى رجلا رمية، فدخلت فى منخره، وبلغت الدماغ، كان عليه أرش رمية واحدة؛ لأن الرمية وقعت

على شيء ليس له أرش مقدر، فيكون فيما جاوزه حكومة عدل.

١٩١٩٠- وفي "العيون": إذا طعن في أذن رجل، فخرج من الأخرى، قال محمد رحمه الله: فيه حكومة عدل في طعنه، ولو طعن في فيه، فخرج من دماغه، حتى نفذت من الفم إلى الدماغ، حكومة عدل، ومن الدماغ إذا نفذت ثلث الدية.

نوع آخر

في مسائل التداخل:

١٩١٩١- الجفون تبع للأسفار إذا قطعت مع الأسفار، حتى لا يفرد الجفون بالأرش، وكذلك الأنف تبع للمارن، حتى لا يفرد الأنف بالموجب، إذا قطع مع[1] المارن.

وكذلك الذكر يعتبر تبعًا للحشفة إذا قطع من الأصل، وكذلك الكف يعتبر تبعًا للأصابع إذا قطع الكف مع الأصابع، وكذا ثدي المرأة يعتبر تبعًا للحلمة.

وإذا قطع اليد من المنكب أو من المرفق، يجب نصف الدية لا غير، ويجعل ما وراء اليد تبعًا لليد، وقال محمد رحمه الله: في الكف نصف الدية، وفيما زاد على ذلك حكومة عدل.

١٩١٩٢- قال محمد رحمه الله في "الأصل": رجل شجّ رجلا موضحة خطأ، فسقط منها شعر رأسه كله، فلم ينبت، فعلى عاقلته الدية كاملة، ويدخل أرش الشجة في ذلك عندهم جميعًا، وهذا لما ذكرنا قبل هذا أن الأصل أن الجناية إذا وقعت على عضو واحد، وأتلف شيئين لكل واحد منهما أرش مقدر، وأرش أحدهما أكثر من أرش الآخر يدخل أرش الأقل في الأكثر، وهنا الجناية وقعت على عضو واحد، فإنها وقعت على الرأس، والشعر متصل بالرأس وتبع له، وأتلف شيئين وأرش أحدهما أكثر من أرش الآخر، وإن كان قد ذهب بعض شعر رأسه ينظر إلى أرش الموضحة وإلى أرش ما ذهب من شعره، ويدخل الأقل في الأكثر.

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "من" مكان: "مع".

هذا إذا كان مخطئًا في الشجة، وأما إذا كان متعمدًا فكذلك الجواب لا يجب القصاص في الشجة، ولكن يجب دية كاملة في ماله لأجل الشعر، ويدخل أرش الموضحة فيها، فالأصل أن الجناية متى وقعت على عضو واحد، وأتلف شيئين موجب أحدهما القصاص، وموجب الآخر المال، يجب المال في الكل كما لو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فشلت الباقي، يجب المال في الكل عند علمائنا الثلاثة، هكذا ذكر شيخ الإسلام قال: هذا أمر متفق عليه، وإنما الخلاف فيما إذا وقعت الجناية على عضوين، وقد ذكرنا في جنس هذه المسألة خلافًا بين أبي حنيفة وصاحبيه، على قول أبي حنيفة: يجب المال في الكل، وعلى قول صاحبيه: يجب القصاص في الموضحة والأرش في الآخر، فههنا يجب أن يكون كذلك.

وإذا شج رجلا موضحة خطأ، فذهب عقله وجبت دية كاملة لأجل العقل، ويدخل أرش الشجة في دية العقل، ولو شجّه موضحة خطأ فذهب منها سمعه وبصره تجب الدية كاملة لأجل السمع والبصر، ولا يدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر في ظاهر الرواية عن أصحابنا.

وعن أبي يوسف: أن أرش الشجة يدخل في دية السمع، ولا يدخل في دية البصر، قال: لأن السمع في الرأس؛ لأن محل السمع الأذنان، والأذنان من الرأس، هكذا قال رسول الله ﷺ[1]، ولم يرد به بيان الحقيقة، وإنما أراد به بيان الحكم حتى يمسح عليها بالماء الذي مسح به رأسه، وإذا كان الأذنان من الرأس كانت الجناية واقعة على عضو واحد، وقد أتلف شيئين وأرش أحدهما أكثر من الآخر، فيدخل الأقل في الأكثر بخلاف البصر؛ لأن محله العين، والعين ليس من الرأس، فكانت الجناية واقعة على عضوين، فلا يدخل أرش أحدهما في الآخر.

وجه ظاهر الرواية أن الأذنين إن كان من الرأس نظرًا إلى الحكم الذي قلتم، فليسا

(١) أخرجه الضياء المقدسي في "الأحاديث المختارة" ٩/ ٣٦٦ حديث (٣٣٣) والترمذي في "سننه" ١/ ٥٣ حديث (٣٧) والدارقطني أيضًا في "سننه" ١/ ٩٧ حديث (١، ٤، ١٣، ١٦ و٣١) وأبو داود في "سننه" ١/ ٣٣ حديث (١٣٤) وابن ماجه في "سننه" أيضًا ١/ ١٥٢ حديث (٤٤٣) والربيع في "مسنده" ١/ ٥٥ حديث (٩٧) و١/ ٦٣ حديث (١٢٨) والطبراني في "الأوسط" ٤/ ٢٤١ حديث (٤٠٨٤) وفي "الكبير" ٨/ ١٢١ حديث (٧٥٥٤) وابن الجعد في "مسنده" ١/ ٤٦٠ حديث (٣١٦٣) والبيهقي في "الكبرى" ١/ ٦٦-٦٧ حديث (٣١٧، ٣٢٠).

من الرأس نظرا إلى[1] حكم آخر حتى إنه لا يجوز الاقتصار على المسح عليهما، فكان الأذنان من الرأس من وجه دون وجه، فمن حيث إنهما من الرأس إن كان يدخل الأقل فى الأكثر فمن حيث إنهما ليسا من الرأس لا يدخل، فلا تدخل بالشك والاحتمال، فرق علماءنا فى ظاهر الرواية بينما إذا ذهب عقله بالشجة أو شعره، وبينما إذا ذهب سمعه أو بصره.

حكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى: أنه قال: كنا نقول فى الفرق بين السمع والبصر والعقل، أن العقل بمنزلة الروح فى البدن، فمن حيث إنه ليس له موضع فى البدن يشار إليه كما أنه ليس للروح فى البدن موضع يشار إليه، فصار زوال العقل كزوال الروح، ولو زال الروح بالشجة يدخل أرش الشجة فى دية الروح، فكذا إذا زال العقل.

وأما السمع والبصر ليسا بمنزلة الروح، فإن لهما فى البدن موضعا يشار إليهما، بل هما بمنزلة اليد والرجل، وأرش الشجة لا يدخل فى أرش اليد والرجل، قال: حتى رأيت فى بعض المسائل مسألة ينقض هذا الفرق.

وصورتها: رجل قطع يد إنسان وذهب من ذلك عقله، فعليه الدية، وأرش اليد جميعًا، ولو كان زوال العقل كزوال الروح لم يجب أرش اليد كما لو مات، ويُشكل هذا الفرق أيضًا بمثل الشعر، فإن الشعر ليس بمنزلة الروح من حيث إن الشعر فى موضع معين يمكن الإشارة إليها، فيكون بمنزلة اليد والرجل، فينبغى أن لا يدخل أرش الشجة فى أرش الشعر كما فى السمع والبصر مع هذا يدخل، ولا يدخل أرش الشجة فى دية الكلام حتى إن من شجّ غيره وذهب بها كلامه يجب أرش الشجة ودية الكلام إلا رواية عن أبى يوسف رحمه الله، وسواء كانت هذه الأشياء ذهبت كلها بالشجة أو بعضها، إن كان فى الجملة ما ذهب بالشجة ما يدخل فيه أرش الشجة يدخل، وإن لم يكن فيها ما يدخل فيه أرش الشجة لا يدخل أرش الشجة فيه، ويجب أرش الشجة مع الدية، ولا يدخل من ديات هذه الأشياء البعض فى البعض إلا أن يموت عن الجناية، فسقط ذلك كله يريد به إذا ضرب إنسان حتى ذهب عقله وكلامه وسمعه وبصره لا تدخل بعض هذه الديات فى البعض، فإذا مات المجنى عليه من الجناية الآن تسقط هذه الديات كلها وتجب

(١) وفى ظ: "أو" مكان: "إلى".

دية الدم، ويستوى سائر الشجات فى الحكم الذى ذكرنا سواء كانت الشجة موضحة أو هاشمة أو منقلة أو آمّة يريد به أن أرش هذه الشجات تدخل فى أرش الشعر.

فإن كانت آمتين أو ثلاثًا، وذهب مع ذلك عقله، أو تناثر جميع شعره وجب دية واحدة؛ لأن الأوام إذا كانت ثلاثًا يجب فيها دية واحدة، وفى ذهاب الشعر دية واحدة، وكذا فى العقل دية، فإذا تماثل الواجبان دخل ضمان أحدهما فى الآخر.

وإن كانت أربعة وذهب منها عقله لم يدخل أرش الشِجاج فى ضمان العقل، وكان فيها دية، ويجب فى كل سنة ثلث ذلك؛ لأن أرش الأوام إذا ازدادت على دية النفس لم يجز أن تدخل فى ضمان العقل إلا قدره، وقال أبو يوسف رحمه الله: إنما أنظر فيها إلى الأوام وإلى دية العقل، أوجب الأكثر، وأدخل الأقل.

الفصل الخامس
فيما يجب على العاقلة من ضمان[1] الجنايات وما لا يجب

١٩١٩٣- أجمع العلماء أن العمد المحض، إذا أوجب الدية أوجب فى مال الجانى فى النفس وفيما دون النفس، والخطأ يوجب الدية على العاقلة، ويجب فى ثلث سنين، وأما شبه العمد فى النفس يوجب الدية على العاقلة، وفيما دون النفس على الجانى، وإن بلغت دية تامة فى عصام.

وذكر شيخ الإسلام فى شرحه: أن بدل النفس فى الخطأ وشبه العمد مما تتحمله العاقلة، به ورد الأثر عن النبى ﷺ وعن أصحابه وعن إجماع الأمة، وفى العمد يجب بدل النفس فى مال القاتل فى ثلاث سنين، وأما ما دون النفس فى الجناية الخطأ هل تتحلمه العاقلة؟ قال علماءنا رحمهم الله: إن كان مقدار أرش الموضحة فى الرجل والمرأة فصاعدًا، وذلك نصف عشر الدية يتحمله العاقلة، وما دون نصف عشر الدية لا تتحمله العاقلة، ويجب فى مال الجانى.

١٩١٩٤- وأما بدل[2] العمد فلا تتحمله العاقلة، وأما حكومة العدل: إن كان دون أرش الموضحة أو مثل أرش الموضحة لا يتحملها العاقلة، وإن كان أكثر من ذلك بيقين فلا رواية فيه عن أصحابنا، وقد اختلف المتأخرون فيه: قال شيخ الإسلام: الصحيح أن لا تتحملها العاقلة.

١٩١٩٥- وأما الفصل فلا يتحمله العاقلة بلا خلاف، ويكون ما وجب على العاقلة مؤجلا فى ثلاث سنين، به ورد الأثر عن النبى ﷺ، وتقدير مدة الأجل من وقت القضاء لا من وقت القتل، حتى لو مضى سنون من وقت القتل، ثم رفع الأمر إلى القاضى، فالقاضى يقضى بالدية فى ثلاث سنين من وقت قضاءه؛ لأن الواجب بالقتل

(١) وفى الأصل: "دية".

(٢) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "وأما بدل العمد هل تتحمله العاقلة؟ ففيه اختلاف المشايخ، وسيأتى ذلك فى فصل الجناية على العبيد إن شاء الله تعالى، وأما حكومة عدل".

الخطأ أحد الأشياء الثلاثة أو أحد الأشياء الستة على حسب ما اختلفوا فيه، وإنما يتعين أحد هذه الأشياء بالقضاء، فيعتبر المدة من وقت القضاء لهذا.

وهذا الذى ذكرنا فيما إذا ثبت القتل معاينة أو بالبينة، أما إذا ثبت بإقرار القاتل فالدية تكون فى مال القاتل، ولا يجب على العاقلة، به ورد الأثر عن النبى ﷺ، وكل دية وجبت بنفس القتل فى الخطأ أو شبه عمد أو عمد دخل شبهة، فهى فى ثلاثة سنين على من وجب عليه فى كل سنة الثلث، وأراد بالعمد الذى دخل فيه شبهة قتل الأب ابنه، وكذلك من أقر بقتل خطأ كانت الدية فى ماله فى ثلاث سنين، ولو صالح من الجناية على مال فهو فى مال الجانى حالا إلا أن يشترط الأجل.

قال فى القدورى: وكل جزء من الدية وجب على العاقلة أو فى مال الجانى، فذلك الجزء فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث، وذلك؛ كعشرة قتلوا رجلا خطأ، فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية فى ثلاث سنين، وكذلك لو تعمدوا، ولكن كان أحدهم أب المقتول ففى مال كل واحد عشر الدية فى ثلث سنين، وسيأتى شىء من هذا فى الفصل الذى يلى هذا الفصل.

وإذا كان القصاص بين الشريكين، وعفا أحدهما حتى انقلب نصيب الآخر مالا، يجب مؤجلا؛ لأن هذا مال وجب بنفس القتل العمد -والله أعلم-.

الفصل السادس
فى معرفة العاقلة، وكيفية تحملهم

١٩١٩٦- يجب أن يعلم بأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا إذا كان القاتل من أهل الديوان، فإن كان غازيًا، وله ديوان يرتزق منه للقتال، فعاقلته من كان فى ديوانه من الغزاة، وإن كان كاتبًا، وله ديوان يرتزق منه، فعاقلته من كان يرتزق من ديوان الكتاب، إن كانوا يتناصرون بها، وإن لم يكن له ديوان، فعاقلته أنصاره، وإن كان نصرته بالمحال والدروب تحمل عليهم، وإن كان من القرية ونصرته بأهل القرية تحمل عليهم، وإن كان لا ينتصر بعضهم ببعض، فعاقلته عشيرته من قبل أبيه، وإن لم يمكنهم التحمل، يضم إليهم أقرب القبائل من النسب، ثم وثم إلى أن يكفى[١].

وقد كانت الدية على عشيرة الرجل فى عهد رسول الله ﷺ وزمن أبى بكر رضى الله عنه، وصدر من خلافة عمر رضى الله عن، ثم دون عمر رضى الله عنه الدواوين وجند الجنود، وفرض لهم الأعطية فى بيت المال، وجعل الدية على أهل الديوان فى أعطياتهم، وكان ذلك بمحضر من المهاجرين والأنصار، ولم ينكر عليه أحد.

فإن قيل: إذا كان العقل فى زمن النبى ﷺ وزمن أبى بكر رضى الله عنه على عشيرة الرجل من قبل أبيه، علمنا أن العقل يتعلق بالقرابة، فكيف جاز لعمر رضى الله عنه تحويله إلى أهل الديوان، وفيه تعليق العقل بمجرد النصرة.

قلنا: لأن عمر رضى الله عنه كان قد عرف أن العقل على عشيرة الرجل فى زمن رسول الله ﷺ باعتبار النصرة لا باعتبار النسب، ودلالة ذلك من وجهين: أحدهما: أنه كان لا يؤخذ من النسوان والصبيّان من عشيرة القاتل، وإن كان النسوان والصبيّان من عشيرة القاتل؛ لأنهم ليسوا من أهل النصرة.

والثانى: أنه كان يعقل مع عشيرة القاتل حليفهم وعديدهم، وإن لم يكن لهم

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "إن بلغ" مكان: "إن يكفى".

نسب من القاتل؛ لأنهم كانوا ينصرونه، فعلمنا أن العقل في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر رضي الله عنه كان بعلة النصرة إلا أن النصرة في زمن النبي ﷺ كان من أهل القبائل والأقارب؛ لأنه لم يكن في زمنه ديوان، وعمر رضي الله عنه لما دوّن الدواوين صارت النصرة من أهل الديوان في زمنه، فنقل الدية إليهم لهذا، هذا جملة ما ذكره شيخ الإسلام.

وفي "فتاوى الفقيه أبي الليث": صبيّان يلعبون بالرمي فمرت بهم امرأة فرمى صبي ابن تسع سنين أو نحوه منهما فأذهب عينها، قال الفقيه أبو بكر: الدية في مال الصبي دون والده، فإن لم يكن للصبيّ مال، فنظرة إلى ميسرة.

قال الفقيه أبو الليث: إنما قال: يجب الدية في مال الصبي، أنه كان لا يرى للعجم عاقلة، وكان يقول: العاقلة كانت للعرب؛ لأنهم كانوا يتناصرون فيما بينهم، وأما العجم لايتناصرون فيما بينهم، فلا عاقلة لهم، وهكذا كان يفتي الفقيه أبوجعفر رحمه الله: أنه لاعاقلة للعجم؛ لأنهم لم يحفظوا أنسابهم، ولا ديوان لهم أيضًا، وبه كان يفتي الفقيه ظهير الدين المرغيناني رحمه الله، وبعض المشايخ قالوا: لا، بل للعجم عاقلة؛ لأن لهم عادة في التناصر، وذبّ البعض عن البعض كالأساكفة والصفارين بمروه كلا باذ، ودرب الحسابين ببخارى وكالصفارين والسراجين والصرافين بسمرقند، وبه كان يفتي محمد بن سلمة البلخي، وهكذا كان يفتي شمس الأئمة الحلواني.

١٩١٩٧- فإذا قتل رجل من هؤلاء رجلا خطأ، فعاقلته أهل حرفته، قالوا: وعلى هذا القياس طلبة العلم يكون بعضهم عاقلة بعض، وقد حكى عن القاضي الإمام المنتسب إلى إسبيجاب أنه كان يقول: أهل صناعة القاتل عاقلته وديوانه، ولكن بشرط أن يكونوا يتناصرون بها.

وفي باب القسامة من كتاب العينة إذا لم يكن للقاتل ديوان، فعاقلته من ينصر بهم، وهم أهل محلته إن كان له محلة ينتصر بعضهم ببعض، وأهل قريته إن كان له قرية ينصر بعضهم ببعض، أو أهل حرفته إن كان له حرفة ينتصر بعضهم ببعض، وإن كان لا ينتصر، فعاقلته عشيرته من قبل أبيه.

والحاصل أن العبرة في هذا الباب للتناصر وقيام البعض بأمر البعض، فإن كان

أهل المحلة أو أهل السوق أو أهل القرية أو أهل العشيرة بحال إذا وقع لواحد منهم أمر قاموا معه فى كفايته فهم العاقلة وإلا فلا، وإن كان له متناصرون من أهل الديوان ومن العشيرة والمحلة والسوق، فأهل الديوان أولى، فإن لم يكن له متناصرون من أهل الديوان فالمتناصرون من العشيرة، ثم بعد ذلك المتناصرون من أهل المحلة والسوق، وهكذا ذكر الناطفى.

وصورة ما ذكر الناطفى: القاتل إذا كان من أهل ديوان أمير من الأمر أو للقاتل بنوا أعمام، فالدية على من جمعهم ديوان ذلك الأمير دون عشيرتهم، وإن لم يكن من أهل الديوان فعلى عصبته إن كانوا عاقلته، وإن لم يكن، ففى ماله يؤدى فى كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، هكذا ذكر الناطفى.

١٩١٩٨- قال فى كتاب المعاقل: ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر؛ وهذا لأن العقل بنى على التناصر، وأهل كل مصر ينتصر بأهل ديوان مصره، ولا ينتصر بديوان مصر آخر، وأهل الكوفة يعقلون عن سوادهم وقراهم[1]، وكذلك أهل كل مصر يعقل عن أهل سوادهم وقراهم، يريد بهذا أن أهل المصر الذين من أهل الديوان ولهم ديوان، لكن من المقاتلة يعقلون أهل المصر وأهل القرى، وإن لم يكن القاتل من أهل الديوان؛ وهذا لأن العقل إنما وضع على من هو أهل نصرة القاتل، وأهل نصرة أهل الكوفة وقراها ممن لاديوان له أهل ديوان كوفة، لكن من المقاتلة، فإذًا على رواية المعاقل إن كان القاتل من أهل الديوان، فعاقلته أهل ديوانه، وإن لم يكن من أهل الديوان، فعاقلته أنصاره، وإن لم يكن شيء من ذلك، فعاقلته أهل ديوان مصره، ولكن من المقاتلة، لا أهل ديوان مصره مطلقًا كالكتاب وغيرهم، فإن لم يكن، الآن يعتبر العشيرة، إنما تعتبر العشيرة من قبل أبيه لا من قبل أمه، فقد صحّ أن رسول الله ﷺ قضى بوجوب الدية على عصبة القاتل، والتعصيب إنما يستفاد من قبل الأب لا من قبل الأم، والقاتل من جملة العاقلة يؤخذ منه، كما يؤخذ من العاقلة، إن كان من أهل العقل، بأن كان ذكرًا حرًا بالغًا صحيح العقل.

١٩١٩٩- وكذلك أب القاتل وابنه من جملة العاقلة، والزوج لا يكون عاقلة

---

(١) وفى م: "قرابهم".

المرأة، وكـذا للمـرأة لا تكون عـاقلة الزوج، والابن لا يكون عـاقلة الأم إلا أن يكون زوجها من قبل أبيها، ويؤخذ ذلك فى ثلاث سنين، ولا يؤخذ من النساء والعبيد والإماء والصبيّان والمجانين؛ لأن وجوب الدية على العاقلة بالشرع بخلاف القياس، والشرع لم يوجب العقل على هؤلاء، فيرد هؤلاء إلى ما يقتضيه القياس.

ويؤخـذ من كل رجل ثلاثة دراهم أو أربعـة دراهم، لا يزاد على ذلك، به ورد الأثر، وأقله غير مقدر، وإن لم يبلغ من الرجال من أهل ديوانه، وأنصاره ما يؤخذ من كل واحد منهم ثلاثة أو أربعة، فإنهم يضم إليهم أقرب الدواوين إليهم من هذا المصر؛ لأنه لا يجوز أن يأخذ من كل واحد منهم ما زاد على الأربعة نفيًا للأجحاف[1] عن الديوان الذى فيهم القاتل، فلا بدّ من ضمّ ديوان آخر إليهم، وضمّ الأقرب أولى من ضمّ الأبعد.

وإنما يضم إلى هذا الديوان أقرب الدواوين إليه من هذا المصر الذى فيه ديوان القاتل لا من مصر آخر؛ لأن أهل المصر لا يعقل عن أهل مصر آخر، وأقرب الدواوين إلى ديوان القاتل من هذا المصر أن يكون فائدة ذلك الديوان من يد قائد الديوان الذى فيه العـاقلة، ثم إذا ضم إليه أقرب الدواوين من هذا المصر، ولم يكفِ، يضم إليه أبعد الدواوين من دواوين هذا المصر، وهو الديوان الذى ليست فائدة من يد قائد الديوان الذى فيه القاتل، ثم إذا ضم إليه أبعد الدواوين ولم يكفِ، يضم إليه عشيرته من قبل أبيه، وإذا كان فى هذا المصر ديوان هو أقرب إلى ديوان القاتل إلا أنهم من أجانب القاتل، وديوان آخر هو أبعد عن ديوان القاتل إلا أنهم من عشيرة القاتل من جانب الأب، فإنه يضم أقرب الدواوين إلى ديوانه وإن كانوا أجانب، وإن كانا فى القرب إلى ديوانه على السواء إلا أن أحدهما من عشيرة القاتل من قبل الأب والآخر من أجانب، فإنه يضم إليه من كان من عشيرته، ويعتبر النسب ترجيحا متى استوى الديوانان فى القرب إليه، ثم إذا ضمّمنا إلى أنصاره عشيرته من قبل الأب ولم يكفِ، يضم إليهم أقرب القبائل من النسب، ثم وثم إلى أن يكفى، هكذا ذكره محمد رحمه الله.

قالوا: وهذا الجواب إنما يستقيم فى حق العربى؛ لأن العرب حفظوا أنسابهم،

---

(١) وكان فى الأصل: "الأرجحاف".

فأمكنّا إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب، أما لا يستقيم فى حق العجمى؛ لأن العجم قد ضيعوا أنسابهم، فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسبًا، فبعد ذلك اختلف المشايخ.

قال بعضهم: يعتبر المحال والقرى الأقرب فالأقرب، وبعضهم قالوا: يجب الباقى فى مال بيت المال، وبعضهم قالوا: يجب الباقى فى مال الجانى، ووقع فى بعض الكتب أنه إذا ضم إلى أنصاره أبعد الدواوين، ولم يكفِ، يضم إليه المحال الأقرب فالأقرب، وهذا المسألة دليل على أن أهل محلة يعقل عن أهل محلة أخرى، هكذا ذكر الطحاوى رحمه الله فى كتابه خلافًا؛ لما ذكره صدر الشهيد.

وحكى عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله: أن الجانى إذا كان ديوانيّا، ولأقرباءه دواوين أيضًا، فعقله على أقرباءه من ديوانه، فإن لم يتسع، فعلى الكل يعنى على جميع أقرباءه من ديوانه ومن ديوان غيره، وإن لم يكن الجانى ديوانيا، ولكن لأقرباءه دواوين، فعقله على أقرب أقرباءه إليه من أهل الديوان، فإن لم يتسع، فهو عليهم يعنى على جميع الأقارب، وإن لم يكن هو ديوانيّا، ولكن لبعض أقاربه ديوان فى المصر، ولا ديوان لبعضهم، وهم يسكنون فى الرستاق، فإنه ينظر إن كان القاتل يسكن الرستاق، فهو على أقاربه من الذين يسكنون فى الرستاق، فإن لم يتسع، فهو على جميع أقاربه الذين يسكنون فى الرستاق، والذين يسكنون المصر من أهل الديوان، فما فضل فهو من ماله.

١٩٢٠٠- وإن كان القاتل يسكن المصر، فعقله على أقرباءه الساكنين فى المصر من أهل الديوان، فما فضل فهو فى ماله، ولا يجب على عاقلته من أهل الرستاق الذين لا ديوان لهم؛ لأن أهل الرستاق يتناصرون بأهل المصر، وأهل المصر لا يتناصرون بأهل الرستاق، وإن لم يكن لهم ديوان، ولا لقرابته ينظر إن كان يتناصر بأهل الحِرف، فعقله عليهم، والفضل فى ماله، وإن كان يتناصر بأهل المحلة، فعقله على أهل المحلة، والفضل عليه، وإن كان يتناصر بالمصر فهو على أهل المصر، وأهل البادية واليمن الذين لا ديوان لهم فعقلهم على أقرب الأنساب؛ لما ذكرنا، هذا جملة ما حكى[1] عن الفقيه

(١) هكذا فى ظ وف م، وكان فى الأصل: "ما ذكرنا" مكان: "ما حكى".

أبى جعفر رحمه الله .

١٩٢٠١ - وهذا الذى ذكرنا كله فيما إذا كان للجانى عاقلة ، أما إذا لم يكن له عاقلة ، فعقله على بيت المال ، هكذا ذكر فى "الجامع" و "الزيادات" ، وروى عن محمد رحمه الله عن أبى يوسف عن أبى حنيفة : أنه يكون فى مال الجانى ، وذكر فى كتاب الولاء أن بيت المال لا يعقل من له عشيرة أو وارث ، سواء كان مستحقًا للميراث أو لم يكن ، بأن كان كافرًا أو عبدًا ، حتى قالوا : لو أن حربيًا مستأمنًا اشترى عبدًا مسلمًا ، فأعتقه ، ثم عاد المستأمن إلى دار الحرب ، فأسر وأخرج إلى دار الإسلام ، ثم مات المعتق ، فميراثه ببيت المال ؛ لأن معتقه رقيق ، ولو جنى هذا المعتق فعقله عليه ، ولا يكون فى بيت المال ؛ لأن له وارث معروف ، وهو مولى العتاقة ، وإن كان لا يستحق ميراثه .

وما ذكر فى "الجامع" : محمول على قاتل ليس له وارث معروف كاللقيط ، لأن غنمه يكون لبيت المال ، فغرمه أيضًا : يكون على بيت المال ، وإذا كانت العاقلة من أهل الديوان ، تجعل الدية فى عطاياهم ؛ لأن الدية أوجبت عليهم بطريق التخفيف ، ولهذا وجبت مؤجلة فى ثلاث سنين ، والتخفيف فى أن تجعل الدية فى عطاياهم ؛ لأن أداء الدية من مال لم يكتسبوها بكدّ أيديهم أخف من أداءها من مال اكتسبوها بكدّ أيديهم ، فإذا خرج أول عطية لهم بعد القتل وبعد القضاء عليهم بالدية ، يؤخذ منها ثلث الدية ، وإذا خرج العطية الثانية يؤخذ الثلث الثانى ، وإذا خرجت العطية الثالثة يؤخذ الثلث الثالث ، وقبل خروج العطايا لا يؤخذ منه شيء ؛ لأنه فرض فى العطاء ، وإن خرجت لهم ثلاث أعطية بمرة واحدة ، وكان ذلك بعد القضاء بالدية عليهم ، تؤخذ الدية كلها من تلك الأعطية ، فسقط الأجل .

وإن كان عاقلة الرجل أصحاب الرزق ، قضى عليهم بالدية فى أرزاقهم تخفيفًا عليهم ، كما كان يقضى فى عطاياهم إذا كانوا أصحاب عطاء تخفيفًا عليهم .

والفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان فى مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية ، يفرض له كل شهر أو كل يوم ما يكفيه ، والعطاء ما يفرض كل سنة ، ويقدر بخيره وغناءه فى أمر الدين ، ولا يقدّر بالحاجة والكفاية ، فإن خرجت لهم أرزاق

لأشهر مضت بعد القضاء بالدية، يؤخذ منها الدية بالحصة، فينظر إن كانت أرزاقهم تخرج فى كل شهر يؤخذ من رزق كل شهر نصف سدس ثلث الدية، وإن كان يخرج فى كل سنة نصف ثلث الدية، وذلك سدس الدية بخلاف فصل العطاء، فإنه يؤخذ من كل عطاء يخرج ثلث الدية.

والفرق أن الدية مؤجلة فى ثلاث سنين، والعطاء يخرج فى كل سنة مرة، وكان فى كل عطاء يخرج ثلث الدية، فأما الرزق مختلف قد يخرج كل شهر، وقد يخرج فى كل ستة أشهر، فكان فى كل رزق من ثلث الدية بحسابه، وإن كانت العاقلة ممن لهم أرزاق فى كل شهر، وعطايات فى كل سنة، فالدية تفرض فى عطاياهم؛ لأن العطاء أصل فى فرض الدية، فإن عمر رضى الله عنه فرض الدية فى العطاء، ولا يصار إلى البدل مع القدرة على الأصل، كما لا يصار إلى العشيرة فى العقل مع وجود الديوان؛ لأن الديوان صار أصلا بفرض عمر رضى الله عنه.

١٩٢٠٢- قال محمد رحمه الله فى كتاب المعاقل: وما كان من جراحات الخطأ، ففى العاقلة على أهل الديوان إذا بلغت الجراحة ثلثى الدية فى سنتين، وإن كان النصف، ففى السنتين أيضًا، وإن كان الثلث، ففى سنة، وذلك لأن الشرع أجل كل ثلث الدية إلى السنة، ومن كان منزله البصرة وديوانه الكوفة، فأهل الكوفة يعقلون عنهم، وهو يعقل عنهم، وذلك لأن العقل إنما وضع على أهل النصرة[1] للقاتل، وأهل نصرته أهل ديوانه، لا أهل بلده، فكان عقله على أهل ديوانه لا على أهل بلده.

قال: ولو أن أخوين لأب وأم، وأحدهما ديوانه بالكوفة، والآخر ديوانه بالبصرة، لم يعقل أحدهما عن صاحبه، وهذا بناءً على ما قلنا: إن العقل أولا على الديوان، وإنما يوضع على العشيرة عند انعدام الديوان.

١٩٢٠٣- ومن قتل قتيلا خطأ، وهو من أهل الكوفة، وله بها عطاء، فلم يقض على عاقلته بالدية حتى حوّل ديوانه، فجعل ديوانه واسمه فى ديوان البصرة، ثم رفع ذلك إلى القاضى، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة؛ لأن عاقلته يوم القضاء من أهل ديوان البصرة.

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: "أهل البصرة".

ولو قضى بالدية على عاقلته بالكوفة فى ثلاث سنين، فأخذ منهم ثلث الدية، أو لم يؤخذ، ثم حوّل اسمه عنهم، فجعل فى ديوان أهل البصرة، كان العقل على ديوان أهل الكوفة، ولا يتحول إلى ديوان أهل البصرة، لأنا لو حولناه إلى ديوان أهل البصرة احتجنا إلى نقض قضاء القاضى بالعقل على أهل الكوفة؛ لأنه لا وجه إلى أن يشارك أهل البصرة أهل الكوفة فى العقل حتى يبقى القضاء بالعقل على أهل كوفة؛ لأن أهل مصر لا يعقل عن أهل مصر آخر، لا بد وأن يتحول ما على أهل الكوفة إلى أهل البصرة، فيكون نقضا لقضاء القاضى، وقضاء القاضى متى صح لا ينقض مالم يظهر خطأ فيه، ولم يظهر؛ لأن حين قضى بالعقل على أهل الكوفة كان ديوان أهل الكوفة عاقلة له، بخلاف ما قبل القضاء، إذ ليس فى تحويل العقل هناك نقض القضاء، ثم قال: إلا أنه يؤخذ من عطايا البصرة حصته، يريد به القاتل، فالقاتل واحد من العاقلة عندنا على ما بينا.

١٩٢٠٤- وفى "المنتقى" رواية مجهولة: خراسانى انتقل إلى البصرة، فوطنها وتزوج بها ثم قدم الكوفة وتزوج بها، ثم قتل قتيلا بالكوفة خطأ، فالدية على عاقلته بالبصرة.

١٩٢٠٥- وفيه أيضًا: إذا قتل البدوى رجلا من أهل الحضر خطأ، فعليه مائة من الإبل فى البادية فى عشيرته وقومه، يجمع ذلك له عرفًا[١]، ويوم ولّى الدم بالخروج إليهم حتى يستوفى ذلك منهم فى بلادهم. وفى المعاقل: ولا تقبل البينة على القتل الذى توجب الدية إلا بمحضر من العاقلة.

ولو أقر القاتل بين يدى القاضى أن ولى القتيل هذا أقام البينة على عبد فلان القاضى بالقتل خطأ، وقضى ذلك القاضى، فإن هذا القاضى يقبل إقراره، ويقضى بالدية على العاقلة، وهذا مشكل عندى، فإن هذا قضاء على العاقلة بإقرار القاتل، وإنه لا يجوز.

١٩٢٠٦- ولا يعقل مسلم حر عن كافر، ولا كافر عن مسلم؛ لأن العقل بنى على النصرة، ولاتناصر بين أهل الكفر والإسلام، والكفار يتعاقلون فيما بينهم إذا دانوا

(١) وكان فى الأصل: "غرمًا" مكان: "عرفًا".

التعاقل، وإن اختلفت ملكهم؛ لأنهم إذا دانوا التعاقل صاروا فى حكم الجناة[1] بمنزلة المسلمين، والمسلمون يتعاقلون فيما بينهم، فكذا أهل الذمة، وإن كانوا لا يدينون التعاقل فيما بينهم، فإنه يجب الدية فى مال الجانى.

وإذا دانوا التعاقل إلا أنه لا عاقلة للجانى، تجب الدية فى مال الجانى، ولا يجب فى مال بيت المال.

فرق بين الذمى والمسلم، فإن الجانى إذا كان مسلمًا ولا عاقلة له، فعقله فى بيت المال فى ظاهر الرواية، ولا يجب فى مال الجانى، والفرق أن العقل إنما يجب على غير الجانى باعتبار النصرة، ومتى لم يكن للمسلم ديوان ولا قرابة بأن كان لقيطًا، فجماعة المسلمين أهل نصرته، فأمكننا إيجاب عقله فى بيت المال باعتبار النصرة، بخلاف الذمى فإن جماعة المسلمين ليس أهل نصرته، فالولاية بيننا وبينهم منقطعة، وإن لم يكن جماعة المسلمين أهل نصرته تعذر إيجاب العقل فى بيت المال باعتبار النصرة، فوجب فى ماله، ثم عاقلة الذمى إنما يتحمل بقدر ما يتحمل عاقلة المسلم، وذلك قدر أرش الموضحة فصاعدًا، أما ما دون ذلك يجب فى مال الجانى -والله أعلم-.

(١) وكان فى الأصل: "الجنايات".

الفصل السابع
فى بيان من يستحق القصاص ومن يثبت له ولاية الاستيفاء القصاص

١٩٢٠٧- القصاص يقسم جميع الورثة على قدر مواريثهم الرجال والنساء سواء عند علمائنا، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقًا فهو لورثته ولم يفصل»[١]، والمعنى فيه أن القصاص حق يجرى فيه الإرث، فيرثه الرجال والنساء من ورثته قياسًا على سائر الحقوق التى تجرى فيه الإرث وبيان أنه يجرى فيه الإرث أن المقتول إذا مات وترك ابنين لصلبه، وصار القصاص بينهما إذا مات أحدهما، وترك ابنًا، فما كان للميت الثانى تحوّل إلى ابنه، بخلاف فصل الولاء، فإن الولاء مما لا يجرى فيه الإرث، حتى إن المعتق إذا مات عن ابنين، ثم مات أحد الابنين وترك ابنًا، فإن ما كان للميت الثانى لا يصير لابنه، بل يكون جميع الولاء لابن الباقى من ابنى الميت الأول.

١٩٢٠٨- وإذا قتل الرجل عمدًا وله ولى واحد، فله أن يقتل القاتل قصاصًا، قضى القاضى أو لم يقض، ويقتله بالسيف ويجز رقبته، قال عليه السلام: «لا قود إلا بالسيف»[٢]، وإذا أراد أن يقتله بغير السيف مُنع عن ذلك، ولو فعل ذلك يعزر إلا أنه لا ضمان عليه، ويصير مستوفيًا حقه بأى طريق قتله، وله أن يقتله بنفسه، وأن يأمر غيره بذلك، ولا ضمان على المأمور إذا قتله، وهذا إذا كان الأمر ظاهرًا، ولو لم يكن الأمر ظاهرًا، فقال: كنت أمرت القاتل بالقتل، فإنه لا يصدق، ويجب القصاص على القاتل

(١) أخرجه ابن الجارود فى "المنتقى" مختصرًا ١/ ٢٤٠ حديث (٩٥٧) أخرجه مسلم فى "صحيحه" ٣/ ١٢٣٧ حديث (١٦١٨) وابن حبان أيضًا فى "صحيحه" ١١/ ١٩٢ حديث (٤٨٥٤) وأبو عوانة فى "مسنده" فى ترجمة الباب ٣/ ٤٤٢ تعليقًا، والترمذى فى "سننه" ٣/ ٣٨٢ و٦٣٢ حديث (١٠٧٠) وأبو داود فى "سننه" ٣/ ٢٩٥ حديث (٣٥٥٦) والبيهقى فى "الكبرى" ٧/ ٥٣ حديث (١٣١٢٣) والنسائى فى "الكبرى" ١/ ٦٣٧ حديث (٢٠٨٩) وفى ٤/ ٩٠ حديث (٦٤١٩) وفى "المجتبى" ٤/ ٦٦ حديث (١٩٦٣) و٦/ ٢٧٣ حديث (٣٧٣١) وابن ماجه فى "سننه" ٢/ ٨٠٧ حديث (٢٤١٥) وأحمد فى "مسنده" ٢/ ٤٥٣ حديث (٩٨٤٧).

(٢) وتخريج هذا الحديث قد مضى.

الثانى للقاتل الأول، وإذا قتل القاتل بحق أو بغير حق سقط عنه القصاص بغير مال، وكذا إذا مات، والقصاص فى الطرف يخالف القصاص فى النفس فى فصل، فإن الطرف إذا قطع بحق حتى سقط القصاص يغرم القاطع أرش الطرف للمقطوع طرفه أولا، وإذا قطع بغير حق، أو فات الطرف بآفة سماوية، سقط القصاص بغير مال.

١٩٢٠٩- وإذا قتل الرجل عمدًا، وليس له ولى، فللسلطان أن يقتله قصاصًا، قال عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولى من لا ولى له»[(١)]، ذكر المسألة فى الأصل من غير ذكر خلاف، وذكر فى كتاب اللقيط: اللقيط إذا قتل عمدًا، فللإمام أن يقتل القاتل فى قول أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: ليس له أن يقتله، فمن مشايخنا من حمل مسألة الديات على الخلاف أيضًا، وجعل المذكور فى الديات قولهما، ومنهم من قال: ما ذكر فى الديات قول الكل.

والفرق على قول هذا القائل بين مسألة الديات ومسألة كتاب اللقيط من حيث الوضع، وضع المسألة فى الديات، فمن لا ولى له فى دار الإسلام بأن كان حربيًا قد أسلم فى دار الإسلام، أو كان من أهل دارنا، وله نسب معروف إلا أن أهل بيت نسبه قد انقرضوا، وإذا لم يكن له ولى فى دار الإسلام، تيقننا ثبوت ولاية الاستيفاء للإمام، فيستوفيه، فأما اللقيط فهو من دارنا إلا أنه مجهول النسب، فلعل له وليًا فى دارنا إلا أنا لا نعلم به، وعلى هذا التقدير لا يثبت ولاية الاستيفاء للإمام، ولعل لا ولى له فى دارنا، وعلى هذا التقدير يثبت له ولاية الاستيفاء، فلا يثبت له ولاية الاستيفاء بالشك.

ولو أراد الإمام أن يصالح فى هذه الصورة، فله ذلك؛ لأن الصلح حصل ممن

---

(١) أخرجه أحمد فى "مسنده" ٦/ ١٦٥ حديث (٢٥٣٦٥) و"كتاب الورع" له أيضًا ٩/ ٩٠، وأبو محمد فى "طبقات المحدثين" ٢/ ٦٩، وأخرجه ابن الجارود فى "المنتقى" ١/ ١٧٥ حديث (٧٠٠) وابن حبان فى "صحيحه" ٩/ ٣٨٤ و٣٨٦ حديث (٤٠٧٥) والحاكم فى "المستدرك" ٢/ ١٨٢ حديث (٢٧٠٦) و٢/ ١٨٣ حديث (٢٧٠٩) والترمذى فى "سننه" ٣/ ٧٤٠٧ حديث (١١٠٢) وأبو عوانة فى "مسنده" ٣/ ٧٧ (٤٢٥٩) والبيهقى فى "الكبرى" ٧/ ١٠٥-١٠٦، ١١٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٣٨و١٤٨، والدارقطنى فى "سننه" أيضًا ٣/ ٢٢١ حديث (١٠) وفى ٣/ ٢٢٦ حديث (٢٠) وأبو داود فى "سننه" ٢/ ٢٢٩ حديث (٢٠٨٣) والنسائى فى "الكبرى" ٣/ ٢٨٥، ٤/ ٧٦ حديث (٥٣٩٤ و٦٣٥٤) وابن ماجه فى "سننه" ١/ ٦٠٥ حديث (١٨٧٩) والطبرانى فى "الأوسط" ١/ ٢٦٨ حديث (٨٧٠٣).

يملك الاستيفاء، وهو أنفع في حق جماعة المسلمين من الاستيفاء. ولو أراد أن يعفو عن القصاص ليس له ذلك؛ لما فيه من إبطال حق جماعة المسلمين بغير عوض.

وإذا وجب القصاص بصغير أو معتوه في النفس، أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للأب في هذا القصاص، فإن الأب يملك الاستيفاء عند علمائنا، خلافًا للشافعي، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، وذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسي في شرحه: أن الأب يملك الاستيفاء استحسانًا، والقياس أن لا يملك ذلك، وجه القياس أن علة ولاية الأب على الصغير حاجة الصغير إلى ذلك تحصيلا للمصلحة في حقه، ولا حاجة للصغير إلى استيفاء القصاص في الحال، ولا مصلحة له في ذلك، لأن مصلحة استيفاء القصاص مصلحة الإحياء، ومعنى الإحياء أن القاصد يقصد قتل ولي المقتول؛ لما أنه يخاف من الولي، فإذا قتل القاتل يبقى ولي المقتول حيًّا. قلنا: والقاتل لا يقصد قتل الصغير؛ لما أنه لا يخاف من الصغير.

وجه الاستحسان: أن القصاص إما أن يكون ملحقًا بالمال أو بالنفس، وأيًّا ما كان فللأب ولاية ذلك لفقه، وهو أن للأب شفقة كاملة على الصغير، وله رأى كامل، وبحكم كمال الرأى يقدر على تحصيل النظر للصغير، وبحكم الشفقة يحصل، فحصل النظر للصغير، وإنما يثبت ولاية الأب في نفس الصغير وماله لهذا المعنى، وهذا المعنى موجود في القصاص، فثبت له الولاية أيضًا.

وقوله: لا حاجة للصغير إلى استيفاء القصاص في الحال، قلنا: هذا ممنوع، وهذا لأن القاتل كما يقصد قتل الكبار من الأولياء لشر يتوهم منهم للحال يقصد قتل الصغار منهم لشر يتوهم منهم في الثاني، ألا ترى كيف جرت العادة فيما بين الظلمة بقتل الصغار من أولاد الأعداء.

ولو أراد الأب أن يصالح عن قصاص وجب للصغير أو المعتوه في النفس، أو فيما دون النفس، فله ذلك؛ لأن فيه نقل حق الصغير عما ليس بمال إلى ما هو مال، ولو أراد أن يعفو عن ذلك، فليس له ذلك؛ لما فيه من إبطال حق الصغير بغير عوض، وأما الوصي فهل يملك استيفاء قصاص وجب للصغير أو للمعتوه، فإن كان القصاص في النفس لا يملك، بخلاف الأب.

والفرق أن ولاية الاستيفاء للأب إنما تثبت نظرا للصغير؛ لأن الأب بحكم كمال الرأى يقدر على تحصيل النظر، وبحكم كمال الشفقة يحصل النظر، فأما الوصى إن كان كامل الرأى، فليس له شفقة كاملة، فبإقدامه على الاستيفاء لا يعلم جهة المصلحة فى الاستيفاء؛ وهذا لأن مصلحة استيفاء القصاص مصلحة الإحياء، وهذه المصلحة قد تحصل بدون الاستيفاء بأن لا يقصد القاتل قتل الولى لوقوع الأمن له عن قصد الولى إما لضعفه، أو ما أشبه ذلك، وإنما يتوقف على ذلك عند التأمل، والداعى إلى التأمل كمال الشفقة، وللأب شفقة كاملة، فإذا مال إلى الاستيفاء، علمنا أنه تأمل، فوجد الاستيفاء مصلحة على التعيّن، فأما الوصىّ فليس له شفقة كاملة على الصغير، فلا يستدل بإقدامه على الاستيفاء على كون الاستيفاء مصلحة على التعيّن، والقياس يأبى الولاية على الصغير إلا فيما هو مصلحة فى حقه على التعيين، وإذا لم يعرف كون الاستيفاء من الوصى مصلحة فى حقه على التعيين، رد إلى ما يقتضيه القياس.

١٩٢١٠- وإن كان القصاص فيما دون النفس، ذكر شيخ الإسلام فى شرحه: أن فى عامة الروايات له ولاية الاستيفاء، وفى بعض الروايات ليس له ولاية الاستيفاء، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى فى شرحه: أن فى المسألة قياسًا واستحسانًا، القياس أن ليس له ذلك، وفى الاستحسان: له ذلك، وجه ما ذكر أنه ليس له ذلك أن القصاص فيما دون النفس يشبه القصاص فى النفس من وجه من حيث إنه عقوبة تدرء بالشبهة، ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة، وبشهادة النساء مع الرجال، ويجب موجبه على العاقلة إذا كان خطأ كما فى النفس، ويشبه المال من حيث إنه مشروط فيه التكافى والتساوى كما فى المال، فمن حيث إنه بمنزلة القصاص فى النفس لا يثبت للوصى ولاية الاستيفاء، ومن حيث إنه بمنزلة المال يثبت للوصى ولاية الاستيفاء، فلا يثبت له ولاية الاستيفاء بالشك، وجه ما ذكر أن له ذلك أن القصاص فيما دون النفس فى حق حكم الاستيفاء الحق بالمال حتى يشترط فيه التساوى والتكافى لجواز الاستيفاء، وللوصى ولاية الاستيفاء فى المال، فيثبت له ولاية الاستيفاء فى القصاص فيما دون النفس.

وإن أراد الوصى أن يصالح عن قصاص وجب للصغير، إن كان القصاص فى النفس فيه روايتان: على رواية صلح "الأصل": ليس له ذلك؛ لأن الوصى فى حق

القصاص فى النفس بمنزلة الأجنبى، ألا ترى أنه لا يملك الاستيفاء، وعلى رواية ديات "الأصل" و"الجامع الصغير" له ذلك، وفرق على هذه الرواية بين الصلح وبين الاستيفاء.

والفرق: وهو أن الوصى فى حق الصغير بمنزلة الأب من وجه، حتى ملك التصرف فى ماله كالأب، وبمنزلة الأجنبى من وجه حتى لم يملك التصرف فى نفسه كالأجنبى، فلشبهه بالأب ملك الصلح، لأن الصلح تصرف فى المال بأحد طرفيه، ولشبهه بالأجنبى لم يملك الاستيفاء.

١٩٢١١- وإن كان القصاص فيما دون النفس فعلى الرواية التى يملك الاستيفاء كما ذكره شيخ الإسلام، وعلى جواب الاستحسان على ما ذكره الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى: يملك الصلح كما فى الأب، وعلى الرواية التى لا يملك الاستيفاء وهو القياس يجب أن يكون فيه روايتان، لأن على هذه الرواية القصاص فيما دون النفس ملحق بالقصاص فى النفس، وفى صلح الوصى عن القصاص فى النفس روايتان.

١٩٢١٢- وإن أراد الوصى العفو، فليس له ذلك، النفس وما دون النفس فى ذلك سواء، وإن صالح الوصىّ عن قصاص وجب للصغير، وحطّ من الدية شيئًا، لا يجوز ما حطّ يبلغ به الدية النفس وما دون النفس على السواء، فلم يجز الحط من غير فصل بين الفاحش وبين اليسير، والوكيل بالصلح على عشرة آلاف إذا حط عنه درهمًا لا يبلغ به الدية، ولكن يقف على إجازة الموكل، ومن قال: يبلغ تمام الدية لأن بدل القصاص مقدر شرعًا، وفى مثل هذا لا يتحمل الغبن أصلا، عرف ذلك فى مسألة الوكيل بالبيع ببدل مقدر، ولا يخير القاتل، وإن لزمه زيادة بدل لم يرضَ به؛ لأنه تعذر عليه الفسخ؛ لأن الصلح عن القصاص بعد وقوعه لا يمكن رده، فلا يفيد التخيير.

١٩٢١٣- وإذا قتل الرجل وله أولياء صغار وكبار، فللكبار أن يقتلوا القاتل، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار، ذكر المسألة بهذا اللفظ فى "الجامع"، وذكر فى "الأصل" بلفظ آخر، فقال: إذا قتل الرجل، وله ورثة صغار وكبار، فأراد الكبير أن يستوفى موجب القتل كله، هل له ذلك، وجعل المسألة على

وجهين: إما أن يكون القتل خطأ أو عمداً، فإن كان الشريك الكبير أبا كان له أن يستوفى جميع الدية حصة نفسه بحكم الملك، وحصة الصغير بحكم الولاية.

١٩٢١٤- وإن كان الشريك الكبير أخًا أو عمّا، ولم يكن وصيّا للصغير يستوفى حصة نفسه، ولايستوفى حصة الصغير، وإن كان القتل عمدًا إن كان شريك الكبير أبًا، كان له أن يستوفى القصاص بالإجماع؛ لأن للأب ولاية استيفاء القصاص على أولاده الصغار، وإن لم يكن للأب فيه شركة، فإذا كان فيه شركة للأب أولى.

وإن كان الشريك الكبير أجنبيّا، بأن قتل عبدًا هو مشترك بين أجنبيين: أحدهما صغير، والآخر كبير، ليس له أن يستوفى القصاص بالإجماع، وإن كان الشريك الكبير أخًا أو عمّا، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: له أن يستوفى القصاص قبل بلوغ الصغير، وعلى قولهما ليس له ذلك حتى يبلغ الصغير إلا أن يكون للصغير أب، فيستوفى الأب نصيب الصغير مع الكبير، وعلى هذا الاختلاف إذا كان شريك الكبير معتوهًا أو مجنونًا والكبير أخو المعتوه أو عمه.

وإن أراد السلطان أن يستوفى حصة الصغير مع الكبير، لا شك أن على قول أبى حنيفة له ذلك؛ لأن على قوله الكبير يملك استيفاء حصة الصغير بنفسه، فمع السلطان أولى، وأما على قولهما: ليس له ذلك؛ لأن ولاية السلطان على الصغير إذا كان له أخ أو عم ولاية ناقصة، ألا ترى أنه لا يملك التصرف فى نفسه فى هذه الحالة، وإن كان يملك التصرف فى نفسه، والقصاص واجب للصغير فى النفس لا يستوفى الولاية الناقصة كما فى الوصى، حتى إنه إذا لم يكن للصغير أخ أو عم كان للسلطان أن يستوفى؛ لأن ولاية السلطان فى هذه الحالة متكاملة.

وأجمعوا على أن القصاص إذا كله للصغير ليس للأخ الكبير ولاية الاستيفاء، والعبد المشترك بين صغير وكبير إذا قتل عمدًا حتى وجب القصاص، فأراد الكبير أن يستوفى القصاص، بعض مشايخنا قالوا: بأنه على الخلاف، وبعضهم قالوا: يستوفيه الكبير بالإجماع، ورأيت فى نسخة أن الكبير لا يملك الاستيفاء بالإجماع.

وأما القاضى هل يملك استيفاء القصاص للصغير، ذكر كثير من مشايخنا المتأخرين فى شروحهم: أن القاضى كالأب فى هذا الباب، واستدلوا فى ذلك بفصل

السلطان، فقد ذكر محمد رحمه الله: أن من قتل عمدًا ولا ولى له، فللسلطان أن يقتص منه، أو يصالح ولايعفو، وقد ذكرناه فى صدر هذا الفصل.

١٩٢١٥- وذكر محمد رحمه الله فى الكيسانيات: أن القاضى لا يستوفى القصاص للصغير فى النفس وفيما دون النفس، ولا يصالح، وقال الناطفى فى "واقعاته": وعندى أن القاضى كالوصى، وذكر الناطفى فى "أجناسه": إذا لم يكن للصغير أب أو وصى، فرفع إلى القاضى، فالقاضى لا يستوفى القصاص فى النفس، وفيما دون النفس فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد، وهذا الجواب فى حق القاضى فيما دون النفس مشكل على عامة الروايات على ما ذكره شيخ الإسلام، وعلى جواب الاستحسان على ما ذكره الإمام الطواويسى؛ لأن الوصى الذى يستفيد الولاية من القاضى يملك الاستيفاء فيما دون النفس، فكيف لا يملكه القاضى.

وذكر محمد رحمه الله فى كتاب الإجارات: أن الأب أو الوصى إذا ضرب الصغير فى أدب، ومات، ضمن فى قول أبى حنيفة، والمعلم إذا ضربه فى الموضع المعتاد بإذن أحدهما فمات، لا يضمن المعلم ولا الأب ولا الوصى فى قولهم جميعًا، قال الناطفى: قد يستفيد الإنسان أمرًا من جهة غيره، ثم يكون حاله أقوى من حال ذلك الغير كالمعلم والمؤدب مع الأب والوصى هنا.

وكذلك الأب لا يبيع مال ولده الكبير، ووصى الأب يملك ذلك، وستأتى مسألة ضرب الأب والمعلم بعد هذا فى موضعها -إن شاء الله-.

١٩٢١٦- رجل له عبدان قتل أحدهما الآخر عمدًا، فللمولى أن يستوفى القصاص من القاتل، ذكره محمد رحمه الله فى آخر عتاق الأصل فى باب جناية رقيق المكاتب.

الفصل الثامن
فى الجنايات على نفس الرقيق وأطرافهم

١٩٢١٧- ويقتل الحر بالعبد والعبد بالحر، والعبد بالعبد؛ لأن العبد فيما يرجع إلى الدم يبقى على أصل الحرية، ولا يقطع طرف العبد بطرف الحر، ولا طرف الحر بطرف العبد؛ لأن أطراف العبد يسلك بها مسلك الأموال، هذا هو حكم العمد، وأما حكم الخطأ فإن كانت قيمة المجنى عليه أقل من عشرة آلاف درهم، فإنه يجب قيمته بالغة ما بلغت، وإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم فصاعداً، يجب عشرة آلاف درهم إلا عشرة، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وعن أبى يوسف: يجب قيمته بالغة ما بلغت، وإن كانت أكثر من عشرة آلاف درهم، وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله.

هذا هو حكم العبد وفى الأمة إن كانت قيمتها أقل من خمسة آلاف درهم يجب قيمتها بالغة ما بلغت، وإن كانت قيمتها خمسة آلاف درهم فصاعداً يجب خمسة آلاف درهم إلا عشرة عند أبى حنيفة ومحمد، وروى الحسن عن أبى حنيفة: أنه يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة دراهم، والصحيح ما ذكرنا، وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه يجب قيمتها بالغة ما بلغت، وهو أحد قولى الشافعى.

والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم، روى عن ابن مسعود رضى الله عنه مثل قول أبى حنيفة ومحمد رحمه الله، وروى عن على رضى الله عنه مثل قول أبى يوسف رحمه الله: والمسألة بناء على أصل آخر أن الواجب فى هذه الصورة ضمان النفس، أو ضمان المال، فوقع عند أبى يوسف رحمه الله: أن الواجب ضمان المال، وضمان المال يجب بالغًا ما بلغ، وعندهما الواجب ضمان النفس، وضمان نفس من هو أعلى حالا منه، وهو الحر لايزاد على عشرة آلاف درهم، فضمان نفس من هو أدنى حالا منه وهو العبد أولى.

فوجه قول أبى يوسف رحمه الله: إنه اجتمع فى العبد الدم والمال، والعمل بالأمرين فى حق المقدار متعذر، لأن اعتبار معنى الدم يمنع الزيادة على عشرة آلاف

درهم، واعتبار معنى المالية يوجبها، فلابد من اعتبار أحدهما وإلغاء الآخر، فنقول: اعتبار معنى المالية أولى بوجهين: أحدهما: أن ضمان الدم لا يعرف إلا توقيفًا، ولم يرد الشرع بتقدير ضمان الدم فى حق العبد، فتعذر إيجاب ضمان الدم، فأوجبنا ضمان المال، الثانى: أنا أن اعتبرنا المالية، فقد اعتبرنا المماثلة فيكون إيجابًا على وفق الأصول، ومتى اعتبرنا الدم، فقد أسقطنا اعتبار المماثلة، فيكون إيجابًا على مخالفة الأصول، وأبو حنيفة ومحمد قالا: اعتبار الدم أولى؛ لأنه أصل والمال كالتبع، ألا ترى أنه يبقى الدم بعد زوال المالية بالعتق، ولا تبقى المالية بعد زوال الدم، ولا شك أن اعتبار الأصل أولى من اعتبار التبع عند تعذر اعتبارهما، وإذا أثبت أن الواجب ضمان الدم، فالتقريب ماذكرنا.

وهذا المقدار من الواجب يكون على العاقلة مؤجلا إلى ثلاث سنين، وعند أبى يوسف رحمه الله: يجب فى مال الجانى بناء على ما قلنا: إن الواجب عند أبى يوسف ضمان المال، وضمان المال لا يتحمله العاقلة، وعندهما: الواجب ضمان الدم، فيكون على العاقلة.

١٩٢١٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: عبد بين رجلين قتله رجل عمدًا، فأقام أحد المولين بينة أن هذا قتل العبد عمدًا يقضى للحاضر بنصف الدم، فإذا حضر الغائب أمرناه أن يعيد البينة؛ لأن هذا ليس من قبيل شيء ورثاه، ولا يشبه هذا فى قول محمد رحمه الله إذا أقام أحد الابنين البينة على القاتل، والآخر غائب، ثم حضر، وكذلك فى قتل العبد خطأ يكلف الآخر إذا حضر إعادة البينة.

١٩٢١٩- هذا هو الكلام فى بدل نفسه، جئنا إلى بدل طرفه، ذكر القدورى فى شرحه: أن كل شيء من الحر فيه الدية، فمن الملوك فيه القيمة عند أبى حنيفة رحمه الله، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية فمن الملوك فيه نصف القيمة إذا فات بفواته منفعة مقصودة، وذلك كالعين واليد، فأما ما يقصد به الزينة نحو الأذن والحاجبين، وما أشبه ذلك، فكذلك الجواب فيه فى قوله الأول، وفى قوله الآخر لا يتعذر ذلك ويلزمه النقصان.

١٩٢٢٠- وقال محمد: ضمان الجناية على أطراف العبد لا يتقدر، ولكن يقوّم

مجنيًا عليه، وغير مجنى عليه، فيغرم فضل ما بين القيمتين.

وعن أبى يوسف روايتان: فى رواية: مثل ما قاله أبو حنيفة، وفى رواية: مثل ما قاله محمد، هذا جملة ما ذكره القدورى.

١٩٢٢١- فى "نوادر ابن رستم" عن محمد: رجل قطع يد عبد، فعليه ما نقصه لا أبلغ به نصف دية الحر.

١٩٢٢٢- وفى "النوازل": إذا حلق رأس عبد، فلم ينبت، قال أبو حنيفة رحمه الله: إن شاء المولى، دفعه إليه، وأخذ قيمته، وإن شاء ترك، قال محمد: لا أحفظ عنه فى اللحية شيئًا، هكذا ذكر فى "النوازل".

١٩٢٢٣- وفى "العيون" عن أبى حنيفة رحمه الله: أن من قطع أذن عبد، أو أنفه، أو حلق لحيته، فلم ينبت، فعليه للمولى قيمته بالغة ما بلغت، وإن دفع إليه العبد.

١٩٢٢٤- قال هشام: سألت محمد عن أشعار عين المملوك إذا نتفها إنسان، فأخبرنى أن أبا حنيفة رحمه الله قال: فى أشعار عين المملوك وحاجبيه وفى أذنيه ما نقصه وهو قول أبى يوسف رحمه الله وقولنا، قال: ولا أحفظ فى اللحية عن أبى حنيفة رحمه الله، ولكن أحفظ عنه فى شعر الرأس أن مولاه إن شاء دفعه وأخذ قيمته، وإن شاء لم يدفع، وأخذ من الجانى ما نقصه.

وفى "الأصل": أن فى شعر العبد ولحيته حكومة عدل؛ وكأنه قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر، كما ذكره القدورى.

وعن الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: فى أذن العبد وأنفه ولحيته إذا لم ينبت نقصان القيمة كما قال محمد رحمه الله على ما ذكره القدورى، وفى المختلفات عن أبى يوسف ومحمد فى هذه الصورة نقصان القيمة، وهكذا ذكر قول أبى حنيفة رحمه الله فى "المجرد"، وعليه الفتوى.

وفى "العيون": قال محمد: إذا فقأ الرجل عينى عبد، فمات من غير الفقء، فلا شىء على الفاقئ، ولو لم يمت، بل قتله إنسان لزم الفاقئ النقصان فى قول أبى حنيفة، وقال محمد رحمه الله: يضمن النقصان فى الوجهين، قيل لمحمد: من أين فرق أبو

حنيفة رحمه الله بين الموت والقتل؟ فقال: لا أدرى.

وذكر فيه أيضًا بعد هذا عن أبى حنيفة: إذا فقأ رجل عينى عبد، ثم قطع آخر يده، فعلى الفاقئ ما نقصه، وعلى القاطع نصف قيمته مفقوءة العينين.

وروى أبو يوسف رحمه الله: أن هذا استحسان على قول أبى حنيفة رحمه الله، والقياس أن لا يكون عليه شىء فى قوله؛ لأن مفقوءة العينين لا يقابلها شىء عنده، وهى مسألة جناية العمياء.

١٩٢٢٥- وفى "فتاوى سمرقند": أن رجلين قطعا يدى عبد معًا أحدهما اليمنى والآخر اليسرى، فعلى كل واحد منهما نصف قيمة العبد، وهو على شرف القطع، وهذه المسألة حجة فى مسألة أخرى أن من رمى إلى عبد سهمًا، فقتله آخر قبل أن يصيبه السهم، فعلى القاتل قيمة العبد مرميًا لم تقع به الرمية، وفى "المنتقى" عن أبى حنيفة رحمه الله: رجل قطع اليد اليمنى من عبد رجل، وقطع رجل آخر اليد اليسرى منه، ومات منهما، فعلى القاطع الأول نصف القيمة، وعلى الثانى ما نقصه، وما بقى فهو عليهما نصفان، وهو قول أبى يوسف، وقال محمد: عليهما نقصان قطع اليدين والنفس عليهما نصفان.

١٩٢٢٦- وفى جنايات "الجامع": رجل شج عبد رجل موضحة، فعلى الشاج نصف عشر قيمته فى ظاهر الرواية؛ لأن الجناية على الرقيق فيما دون النفس إذا كان لها أرش مقدر يعتبر بالجناية على الحر فى ظاهر الرواية، ومن شجّ حرًا موضحة يجب نصف عشر ديته، فهنا يجب نصف عشر قيمته، وكتب ثمة روى عن أصحابنا فى "النوادر": أنه يجب النقصان كما فى البهائم، فإذا ما يقال: إن الجناية على أطراف الرقيق يسلك بها مسلك الأموال مطلقًا من غير تفصيل يستقيم على رواية "النوادر"، أما على ظاهر الرواية لا يستقيم.

وينبغى أن يفصل على ظاهر الرواية بينهما لها أرش مقدر، وبينهما ليس لها أرش مقدر، وإذا فقأ الرجل عين عبد وقطع يده وقيمته أكثر من عشرة آلاف درهم، قال أبو حنيفة رحمه الله: عليه خمسة آلاف درهم إلا خمسة.

هكذا ذكر المسألة فى "العيون" وهو قول محمد رحمه الله فى كتاب الوكالة، وهذا

باتفاق الروايات بخلاف فصل الأمة على ظاهر الرواية عنهما، فإن هناك يجب خمسة آلاف إلا عشرة[1]؛ لأن تلك دية كاملة، فنقصا عنهما عشراً كما في العبد، أما هذه نصف الدية، فينقص عنها خمسة اعتبار للبعض بالكل، وقال أبو يوسف: يجب بالغ ما بلغ إلا أن يبلغ الدية، فينقص عنها أحد عشر درهمًا عشرة للرق والواحد للتفاوت بين العبد والطرف.

١٩٢٢٧- في "العيون" و "فتاوى الفضلي": العبد المبيع إذا قتل قبل القبض عمداً يخير المشتري بين المضي والرد، وإذا اختار المضي فله أن يقتص، ولكن لا يكون له الاستيفاء إلا بعد نقد الثمن للبائع، فقد جوز إجازة البيع بعد الموت هنا، ولو رد المشتري المبيع، فللبائع أن يقتص في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يقتص البائع وكتب في المستزاد هذه المسألة بعينها، وكتبت ثمة روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا قصاص له فيه على القاتل سواء أجاز المشتري أو نقضه؛ لأن الملك في الابتداء كان للمشتري، وللبائع يد ملك كالراهن وبالقتل بطل ملك المشتري أيضًا، وصار للبائع من الأصل، فاشتبه الولي.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن المشتري إذا أجاز، فله أن يستوفي القصاص إذا أدى الثمن، وإذا فسخ البيع، فللبائع أن يستوفي القصاص إن شاء، وإذا كان البيع بشرط الخيار للبائع، فقتل عنده أو عند المشتري، فاستيفاء القصاص للبائع، ولو كان للمشتري خيار رؤية أو خيار شرط، وقتل العبد في يده، بطل خياره ولا قصاص، وإن كان قبل قبض الثمن، وإن قتل في يد البائع، فللبائع القصاص.

وذكر الكرخي في "مختصره": إذا قتل عند المشتري والخيار للبائع، فإن شاء البائع اتبع القاتل فقتله، وإن شاء ضمن المشتري قيمته، ولا قصاص للمشتري.

قال أبو يوسف رحمه الله: وكذلك حفظي عن أبي حنيفة في الغاصب، ورأيت أن الغاصب والبائع سواء.

١٩٢٢٨- وفي "العيون": العبد المرهون إذا قتل عمداً إن اجتمعا على القصاص، فلهما أن يقتصا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويكون المستوفي هو الراهن.

(١) هكذا في "ظ" و "ف"، وكان في الأصل و "م": خمسة مكان "عشرة".

وقال زفر ومحمد: لا قصاص، وعلى القاتل القيمة.

١٩٢٢٩- وفي "فتاوى الفضلي": العبد الموصى به إذا قتل قبل أن يقبل الموصى له الوصية فلا قصاص، لا للوارث، ولا للموصى له إن اتفقا أنه مات الموصى أولا، ثم قتل العبد قبل قبول الموصى له؛ لأنه لم يدخل في ملك الورثة ولا في ملك الموصى له، ثم بعد ذلك ينظر، إن قبل الموصى له الوصية، رجع على القاتل بقيمته، وإن رد رجع على الورثة بذلك.

١٩٢٣٠- والموصى برقبته لرجل، وبخدمته لآخر إذا قتل عمدًا، فلا قصاص فيه إلا أن يجتمعا، وإنما شرط رضا صاحب الخدمة؛ لأنه يتضرر بالاستيفاء، ويكون المستوفى عند الاجتماع صاحب الرقبة، ؛ لأن القصاص إنما يجب بقتل النفس دون إتلاف المنفعة، وإن لم يرض صاحب الخدمة بالقصاص فإنه تجب القيمة على القاتل، ويشترى بها عبدًا آخر ويكون حاله مثل حال الأول.

في القدوري: وقال أبو يوسف: المشهور إذا قتل قبل قبض المرأة، وبدل الخلع إذا قتل قبل قبض الزوج، وبدل الصلح عن دم عمد إذا قتل قبل القبض، كان ذلك كله بمنزلة البيع قبل القبض.

١٩٢٣١- وفي "فتاوى الفضلي": العبد المغصوب إذا قتل في يد الغاصب عمدًا، فإن شاء القاتل، اقتص من المالك، وإن شاء، ضمن الغاصب قيمة عبده، ثم يرجع الغاصب على القاتل بما ضمن، وليس للغاصب أن يقتله، إذا لم يظهر أنه قتل مملوك الغاصب؛ لأن الملك لايستند في الهالك، أو إن كان يستند، فلا يخلو عن شبهة.

١٩٢٣٢- وإذا أعتق المولى عبدًا، قطع أجنبي يده عمدًا، ثم مات العبد من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى، فلا قصاص على القاتل في الاستحسان، وعليه أرش اليد للمولى، وإن لم يكن له وارث غير المولى، اقتص منه عندهما.

وقال محمد رحمه الله: على القاطع أرش اليد، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، وبطل الفضل.

١٩٢٣٣- ولو رمى عبدًا، فأعتقه المولى، ثم وقع عليه السهم، فعليه قيمته للمولى في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال محمد: فضل ما بين قيمته مرميًا إلى قيمته غير مرمى، وقول أبى يوسف رحمه الله مع أبى حنيفة فى "شرح الجامع الصغير" ومع محمد فى المختلفات.

١٩٢٣٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل قطع يد عبد رجل، أو شج عبد رجل، ثم إن المولى باعه، ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضى، أو وهبه المولى من إنسان، ثم رجع فى الهبة بقضاء أو بغير قضاء، ثم مات العبد من الجناية، فإن مولى العبد يرجع على الجانى بجميع قيمته من قبل أنه قد رجع على الأصل.

١٩٢٣٥- وفى "نوادر بشر": عن أبى يوسف لو أن أمة قطعت يدها خطأ، وباعها المولى من إنسان على أنه بالخيار، أو على أن المشترى بالخيار، ثم انتقض البيع بالخيار، وردت على المولى، فماتت عنده من القطع، فعلى القاطع قيمتها تامة، وإن كان القطع عمدًا درأت القصاص استحسانًا.

١٩٢٣٦- وفى "نوادر داود بن رشيد" عن محمد: عبد قطع رجل يده، ثم مكث سنة، ثم اختلف القاطع والمولى فى قيمته يوم القطع، فقال القاطع: كانت قيمته يوم القطع ألف وخمسمائة، وقال مولى العبد: كانت قيمته ألفى درهم وقيمة العبد يوم اختصما ألف درهم، ولو كان صحيح اليد كان قيمته ألفى درهم، فالقول قول القاطع، فإن غرم ذلك، أو لم يغرم حتى انقضت اليد ومات، فعلى عاقلة القاطع اليد والنفس، فيكون اليد على ما قال القاطع وعاقلته، وأما النفس فإنه لا يصدق واحد منهما عليهما، فيغرم القاتل قيمة النفس يوم تلفت، ويكون على العاقلة ألف وخمسمائة أرش خمسمائة منها اليد.

١٩٢٣٧- رجل فقأ عينى عبد، وقطع الآخر رجله أو يده فبرئ، وكانت الجناية منهما معًا، فعليهما قيمته أثلاثًا ويأخذان العبد، فيكون بينهما على قدر ذلك.

وكذلك كل جراحة كانت من اثنين معًا جراحة هذا فى عضو، وجراحة هذا فى عضو آخر يستغرق ذلك القيمة كلها، فإنه يدفعه إليهما، ويغرمان قيمته على قدر أرشه جراحتهما، ويكون بينهما على ذلك، وإن مات منهما والجراحة خطأ، فعلى كل واحد منهما أرش جراحته على حدة من قيمة عبد صحيح، وما بقى من النفس عليهما نصفان.

فإن علم أن إحدى الجراحتين قبل الأخرى، وقد مات منهما، فعلى الجارح الأول

أرش جراحته من قييمته صحيحًا، وعلى الجارح الثانى أرش جراحته مجروحًا بالجراحة الأولى، وما بقى من قيمته، فعليهما نصفان، وإن برئ منهما، والجراحة الأخرى تستغرق القيمة، والأولى لا تستغرقها، فعلى الأول: أرش جراحته، وعلى الثانى: قيمته مجروحًا بالجرح الأول، ويدفع إليه يعنى العبد.

ولو كانت الجراحة الأولى هى التى تستغرق القيمة، فعلى الجارح الثانى أرش جراحته، وعلى الأول أول أرش جراحته؛ لأنه لا يدفع إليه، وقد وجدت فيه ما وجدت -والله أعلم-.

١٩٢٣٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل حمل على عبد رجل مختومًا، ورجل آخر حمل عليه مختومين، وكل ذلك كان بغير إذن المولى، فمات من ذلك كله، فعلى صاحب المختوم ثلث القيمة وعلى صاحب المختومين ثلثا القيمة وهو قول أبى حنيفة رحمه الله.

١٩٢٣٩- وفى "نوادر هشام" عن أبى يوسف: رجل قتل رجلا، فجاء رجل، وادعى أنه عبده، وأقام البينة، فشهدوا أنه كان عبده فأعتقه وهو حر اليوم، فإن كان له وارث قضيت لوارثه بالقصاص فى العمد، وبالدية فى الخطأ، وإن لم يكن له وارث، فلمولاه قيمته فى الخطأ والعمد؛ لأنه يقول فى الخطأ: القيمة، وفى العمد يقول: هو عبدى، وشهد الشهود أنه حر، فدخلت شبهة.

الفصل التاسع
فى جنايات الرقيق

١٩٢٤٠- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا جنى العبد على آدمى جناية موجبة للمال، فإن مولاه بالخيار إن شاء دفعه بها، وإن شاء، فداه بالأرش، وهذا مذهبنا، والأصل أن عندنا أن موجب جناية العبد على الآدمى، إذا كانت جناية موجبة للمال لا يجب فى ذمة العبد، وإنما يجب على المولى، فيتخير بين الدفع والفداء بالأرش إلا أن الموجب الأصلى دفع العبد، وله التخليص من ذلك بالفداء، ولهذا قالوا: إذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى، ولو كان الموجب أحد الشيئين والخيار إليه لكان إذا هلك العبد قبل الاختيار أن يتعين الأرش، فدل أن الموجب الأصلى الدفع، وله التخليص باختيار الفداء، وأى ذلك ما اختار، فإنه يكون حالا، ولا يكون مؤجلا، أما إذا اختار دفع العبد فلأن العبد عين، والعين لا يقبل الأجل، وأما إذا اختار دفع الأرش فلأنه شرع فداء وبدلا عن العبد، والبدل قائم مقام المبدل، ثم تسليم المبدل يجب حالا، فكذا تسليم البدل.

فرق بين الجناية على الآدمى وبين الجناية على المال، ففى جناية العبد على الآدمى خيّر المولى بين الدفع والفداء، وفى جنايته على مال الغير خير بين الدفع والبيع، ولا يقضى بشيء حتى يبرأ المجنى عليه؛ لأن العبد فى حق الجناية بمنزلة الحر، والحر لو جنى جناية، فإنه يتأتى فى ذلك، لا يقضى عليه بشيء ما لم يبرأ المجنى عليه، وخطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء يوجب المال فى الحالين؛ لأن القصاص لا يجرى بين العبد، ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس، وإذا لم يجب القصاص فى العمد، ولا وجه إلى الإهدار أوجبنا المال، وإن جنى العبد على جماعة جناية خطأ يخير المولى إن شاء دفع إليهم القيمة؛ لأن الحقوق متعلقة بعين العبد، ويقسم بينهم على قدر ما لكل واحد منهم من أرش الجناية، لأن المستحق إنما يستحق ذلك عوضًا عما فات عليه، فيقسم على قدر المعوض، وإن شاء أمسك العبد، وغرم أرش الجنايات كما لو جنى على

واحد، وللمولى أن يختار الفداء لبعضهم، ويدفع إلى بعضهم، بخلاف ما إذا قتل العبد رجلا واحداً وله وليان، فاختار المولى الفداء لأحدهما عن حصته ودفع إلى الآخر حيث لا يكون له ذلك؛ لأن المقتول إذا كان واحداً، فالحق واحد؛ لأن الحق يجب للمقتول أولا، ثم يصير الوارث بطريق الخلافة، فلا يملك التفريق فى الموجب، فأما إذا جنى على جماعة فالواجب حقوق متفرقة لا تعلق للبعض بالبعض فجاز أن يملك التفريق فى الموجب.

ولو مات العبد بعد ما اختار المولى الفداء، فالفداء على المولى على حاله، بخلاف ما إذا قتل قبل اختيار الفداء.

١٩٢٤١- فى "المنتقى": عبد قتل رجلا خطأ، فقال المولى: أنا أدفع نصفه، وأفدى نصفه، فهذا اختيار منه للفداء، وعليه الدية كاملة، ولو أعتق المولى العبد الجانى مع علمه بالجناية، يصير مختاراً للفداء.

والأصل فى جنس هذه المسائل: أن المولى متى أحدث فى العبد تصرفًا، يعجزه عن الدفع، وهو عالم بالجناية يصير مختاراً، وإذا أحدث تصرفًا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختاراً، وإن كان عالمًا بالجناية؛ لأن فى الوجه الأول اختار إمساك العبد، فيتعين دفع الفداء، ولأن المخير بين شيئين فى الإزالة إذا اختار إمساك أحدهما يلزمه إزالة الآخر عن ملكه كمن أعتق أحد عبديه ثم باع أحدهما فإنه يتعن الآخر للعتق، وفى الوجه الثانى ما اختار إمساك العبد لأن الدفع بعد ما باشر من التصرف ممكن فيبقى على الخيار.

وإذا ثبت هذا الأصل، فنقول: الإعتاق تصرف يعجزه عن الدفع؛ لأن إعتاقه نافذ؛ لأن تعلق حق الغير بالعبد لا يمنع نفاذ العتق فيه، وبعد نفاذ العتق لا يمكنه الدفع، فإذا أعتق مع العلم بالجناية، فقد اختار إمساك العبد، فيتعين الفداء، وكذلك لو دبّره، أو كاتبه، أو باعه؛ لأن هذه التصرفات نافذة منه، ومع نفاذها لا يمكن الدفع، ولو عرضه على البيع مع العلم بالجناية لا يكون اختيار للفداء؛ لأن الدفع بعد العرض ممكن.

ولو كانت أمة فوطئها، فهذا ليس باختيار للفداء عند علماءنا الثلاثة رحمهم الله.

وقال زفر رحمه الله: يصير مختاراً للفداء؛ لأن بالوطء أعجز نفسه عن رد

بعضها، وهو ما صار مستوفيًا منها بالوطء، فإن المستوفى بالوطء فى حكم العين، وبه ثبت اختيار الفداء، كما لو ضربها، وأوجب الضرب عيبًا فى بدنها.

وعلماءنا الثلاثة قالوا: إن الوطء لا يعجزه عن رد الكل حقيقة؛ لأن بالوطء لا يفوت شيء من بدنها على الحقيقة، فلا يثبت به اختيار الفداء.

وكذلك إذا زوجها لا يكون اختيارًا للفداء؛ لأن التزويج لا يعجزه عن الدفع، كما لايعجزه عن البيع.

وفى المسألة طعن عيسى، ووجهه أن التزويج تعييب، وبالتعييب ثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على بدنها وعيبها، قلنا: التعييب تفويت جزء منها حقيقة، أما النكاح ليس تفويت جزء منها حقيقة، فإنها بعد النكاح قائمة برقبتها، وإنما دخلها العيب حكمًا، وبه لا يثبت اختيار الفداء، كما لو أقر عليها بالسرقة مع العلم بالجناية، فإنه بسبب هذا الإقرار يدخلها نوع عيب، ولكن لما كان حكميًا لم يثبت به اختيار الفداء، وإن آجرها، أو رهنها، ذكر فى ديات "الأصل": أنه لا يكون اختيارًا للفداء على كل حال.

وذكر فى عتاق "الأصل": أنه يكون اختيارًا للفداء، وإن استخدمها لا يكون اختيارًا للفداء.

وذكر فى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله: فى مسألة الوطء ثلاث روايات: قال: فى رواية الوطء لا يكون اختيارًا للفداء وإن كانت الجارية بكرًا، وهذا رواية هشام.

وقال فى رواية أخرى وهى رواية الحسن ابن مالك: إن كان الوطء ينقصها، فهو اختيارًا للفداء، وإن لم ينقصها، فليس باختيار، قال: وبه كان يقول أبو حنيفة رحمه الله، وعن أبى يوسف رحمه الله رواية أخرى: أن الوطء اختيار للفداء على كل حال.

١٩٢٤٢- فى "المنتقى": لو وهب العبد الجانى مع العلم بالجناية، أو من غير علم للمجنى عليه، فلا شيء على المولى، ولو باعه منه، فعليه الدية إن باعه مع العلم، وعليه القيمة إن باعه من غير علم، ولو كاتبه المولى مع العلم بالجناية كتابة فاسدة، فهو بالخيار، ولو باعه بيعًا فاسدًا مع العلم بالجناية إن كان المشترى قبض العبد، فهو مختار،

وإن لم يقبضه، فليس بمختار.

وفيه أيضًا: عبد قتل حرًا خطأ، ثم قتله رجل خطأ، فأخذ المولى قيمته من قاتله لم يكن مختارًا، ويضمن مثلها لولى قتيل العبد، ولو قتل العبد القاتل عبدًا ودفع به، فأعتقه المولى، أو باعه كان مختارًا لدية الحر.

وفيه أيضًا: عبد قتل رجلا خطأ، فباعه المولى وهو لا يعلم بالجناية، ثم اشتراه، ثم باعه وهو يعلم بالجناية، فعليه القيمة بالبيع الأول، وليس عليه فى البيع الثانى شىء، ولو كان رد عليه بعيب بقضاء، ثم باعه وهو يعلم، فقد اختاره، وعليه الدية.

وكذلك إن كاتبه وهو لا يعلم، ثم عجز، فباعه وهو لا يعلم، فعليه الدية، وكذلك لو وهبه، وهو لا يعلم، فقبضه الموهوب له، ثم رجع فى الهبة، ثم باعه وهو يعلم.

وفى "نوادر ابن سماعة": إذا أعتقه المولى بإذن ولى الجناية، فهو اختيار للفداء[1] وعليه الدية.

وفى الإملاء عن محمد رحمه الله: أن إجازة بيع العبد بعد جنايته فى يده ليس باختيار للفداء فى قول أبى يوسف رحمه الله، ومحمد رحمه الله، ويقال للمشترى: ادفعه أو افدِه.

وفيه[2]: عبد بين رجلين جنى جناية فشهد أحد المولين على صاحبه أنه أعتقه لم تجز شهادته عليه، وهو مانع حين شهد بهذا فعليه نصف الدية وعلى الآخر نصف القيمة.

وفيه: رجل ورث عبدًا، أو اشتراه، فجنى جناية، وزعم المولى بعد جنايته أن الذى باعه إياه كان أعتقه قبل البيع، أو إن أباه كان أعتقه، فإنه مانع مختار للفداء فى هذا القول.

وفيه: عبد جنى جناية، واستهلك مال إنسان، فخاصم رب المال مولى العبد،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "للعبد" مكان: "للفداء".

(٢) وفى ف "وفيه أيضًا".

وأقام البينة على العبد بذلك ، فأمر الحاكم ببيع العبد وهو لا يعلم بالجناية ، فقد بطلت الجناية ؛ لأن بيع الحاكم جائز .

١٩٢٤٣- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : إذا قال لعبده : إن قتلت فلانًا ، أو رميته ، أو شججته ، أو ضربته ، فأنت حر ، ففعل العبد ذلك ، فهو حر ، ويصير مختارًا للفداء عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله ؛ لأنه أعتق العبد الجانى بعد الجناية مع العلم بالجناية ؛ لأنه علق العتق بجناية العبد ، فيكون معتقًا له بعد الجناية .

قال شيخ الإسلام خواهر زاده : هذا إذا علق العتق بضرب يوجب المال حتى يكون المولى مخيرًا بين الدفع والفداء ، وأما إذا علق العتق بضرب يوجب القصاص بأن قال : إن ضربت فلانًا بالسيف ، فأنت حر ، فإنه لا يلزم المولى شيء لا القيمة ولا الفداء ؛ لأنا نجعل المولى معتقًا بعد الجناية وهو عالم بها ، إلا أنه لو أعتقه بعد الجناية وهو عالم بها والجناية موجبة للقصاص لا يصير مختارًا للفداء ؛ لأنه لا فداء عليه متى كانت الجناية موجبة للقصاص ، ولايضمن قيمته لولى الجناية ، لأنه لم يستهلك على الولى[1] حقه ؛ لأن حق الولى فى الدم ، والدم باقٍ بعد العتق بخلاف ما لو علق العتق بضرب يوجب المال .

ثم إن محمدًا رحمه الله ذكر فى "الجامع الصغير" الشجة ولم يذكر الموت ، وذكر فى ديات "الأصل" : الشجة والضرب والموت .

والفرق بينهما أن نفس الشجة والضرب جناية ، فيكون مختارًا للفداء إن مات ، والأرش إن لم يمت .

وذكر فى "الجامع الصغير" الرمى ، ولم يذكر الرمى فى ديات "الأصل" ، ولولا رواية "الجامع الصغير" لكان لقائل أن يقول : بأن فى الرمى لا يصير مختارًا للفداء ؛ لأن الرمى بنفسه ليس بجناية ؛ لأنه قد لا يصيبه ، فلم يضف العتق إلى حالة الجناية ، فينبغى أن لا يصير مختارًا للفداء ، ولكن الوجه فى ذلك أن المراد من الرمى المذكور فى الكتاب الرمى مع الإصابة ، فإن قال : رميت فلانًا ، وإنه يذكر فى الرمى مع الإصابة ، وفى الرمى بلا إصابة ، يقال : رمى إليه ، قلنا : والرمى مع الإصابة نفسه جناية ، فكان مضيفًا للعتق

---

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل "المولى" .

إلى ما هو جناية .

١٩٢٤٤ - وفى "المنتقى" : عبد قتل رجلا عمدًا، ثم أعتقه مولاه، ثم عفا أحد ولى الدم، فإن العبد يسعى فى نصف قيمته للذى لم يعفُ، ولا شيء على المولى، قتل العبد المرهون رجلا خطأ، وقيمته مثل الدين، فللمرتهن أن يفدى، وليس له أن يدفع، فإن قال: لا أفدى كان للمرتهن أن يدفع بالجناية، فإن أعتقه صار مختارًا للفداء .

١٩٢٤٥ - وفيه أيضًا: عبد قتل قتيلا، وقامت عليه البينة بذلك، ثم أقر المولى أنه قتل قتيلا آخر، فإنه يؤمر بدفعه إليهما نصفين[١]، ثم يضمن نصف قيمته لصاحب البينة، ولو كان على العبد دين، ثم أقر المولى عليه بدين لم يلحقه، إذا كان الدين الأول محيط بقيمته[٢]، ألا ترى أنه ليس للمولى أن يبيعه إذا كان عليه دين، وله أن يبيعه إذا كان عليه جناية، فكذا يجوز إقراره عليه إذا كان عليه جناية .

١٩٢٤٦ - وفيه أيضًا: روى الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله[٣]: رجل أقر أن عبده قتل رجلا خطأ، ثم أقر عليه أيضًا بقتل رجل آخر خطأ قال: يقال للمولى: ادفع عبدك إلى الأول خاصة، أو افده، فإن دفعه، فلا شيء للآخر، وإن فداه من الأول قيل له: ادفع إلى الآخر نصيبه، أو افده بنصف الدية .

وروى ابن مالك عنه: أنه يقال للمولى: ادفعه إليهما نصفين، فإن دفع غرم للأول نصف قيمته، وإن قال: أنا أفديه من الآخر دفع كله إلى الأول، وإن قال: أفديه من الأول دفع نصفه إلى الآخر، وهو قول زفر رحمه الله .

وذكر عباس بن وليد: أنه إذا دفع نصفه إلى الثانى، فهو مختار للفدية من الأول؛ لأنه أتلفه بإقراره .

١٩٢٤٧ - وإذا جنى العبد جناية، ثم أذن له المولى فى التجارة، فلحقه دين، ثم دفعه بالجناية، فإن الدائن يبيعه، فإذا بيع لهم رجع أولياء الجناية على المولى بقيمة العبد .

وكذلك لو أقر عليه بدين، ثم دفعه بجنايته بيع فى دينه، ورجع أولياء الجناية

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف "نصفان" .

(٢) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم "برقبته" .

(٣) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف "أبى حنيفة" .

بقيمته على المولى.

وذكر بعد هذا إذا وجب الدين على العبد ببينة، ثم أقر المولى عليه بجناية خطأً بيع العبد فى الدين، ولم يلتفت إلى الجناية.

١٩٢٤٨- وفيه أيضًا: رجل فى يديه عبد لا يدرى أنه له أو لغيره، ولم يدع صاحب اليد أنه له ولم يسمع من العبد إقرار أنه عبد لصاحب اليد إلا أنه يقر بأنه عبد، فجنى هذا العبد جناية، ويثبت ذلك بالبينة، أو بإقرار صاحب اليد، ثم إن صاحب اليد أقر أنه لرجل، وصدقه المقر له بذلك، وكذبه فى الجناية، فإن كانت الجناية تثبت بالبينة قيل للمقر له: ادفعه أو افده، وإن كان ثبوت الجناية بإقرار الذى كان العبد فى يديه أخذ المقر له العبد، وبطلت الجناية، ولم يكن على المقر من الجناية شىء؛ لأنه إنما كان شاهدًا، ولم يكن مدعيًا رقبته، حتى يصير مستهلكًا بإقراره.

١٩٢٤٩- وفيه أيضًا: عبد قطع يد رجل خطأً، فبرأت فدفعه مولاه بالجناية، ثم انتقض الجرح، فمات منه والعبد قائم، فهو لورثة المجنى عليه، ولو كان المولى فداه بخمسة آلاف درهم تمام دية اليد، ثم أعتق العبد، ثم انتقض الجرح، فمات منه، قال: يدفع قيمة عبده، وإن كانت مائة، ويأخذ بخمسة آلاف الفداء.

ذكر ابن سماعة فى "الرقيات": أنه كتب إلى محمد بن الحسن فى عبد قتل رجلا وللمقتول وليان أحدهما غائب، فخاصمه الحاضر منهما، كيف ينبغى للحاكم أن يجبر[1] مولى العبد؟ فكتب محمد أن أى الورثة حضر، فهو خصم، وأيهما اختار وجب عليه ذلك فى جميعه.

١٩٢٥٠- وفى "النوازل": عبد جنى، فأقر ابن السيد أنه حر، فمات السيد، فورثة هذا الابن، فهو حر، وعلى الابن الدية؛ لأنه صار مختارًا للفداء بقوله: هو حر.

١٩٢٥١- جارية جنت وهى حامل، فأعتق السيد ما فى بطنها وهو يعلم بالجناية، صار مختارًا للفداء إن جاء الطالب قبل أن يضع، أو بعد ذلك، ولو لم يكن عالمًا بالجناية، فإن حضر الطالب قبل الوضع خير إن شاء، ضمن المولى قيمتها حاملا، وإن شاء، أخذها حاملا بجنايتها وكانت له، والولد حر، وإن حضر بعد ما ولدت خير

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "أن يخير".

المولى، إن شاء دفع وإن شاء فدى، ولا سبيل له على الولد[1].

١٩٢٥٢- فى "العيون" وفى "نوادر أبى سليمان" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا أعتق الرجل ما فى بطن جاريته، ثم جنت جناية، فدفعها بالجناية جاز.

١٩٢٥٣- وفى "العيون" أيضًا: باع جارية، فولدت عند المشترى لأقل من ستة أشهر، فجنى الولد، ثم ادعاه البائع وهو يعلم بالجناية، فعليه الدية لأصحاب الجناية فى قول أبى يوسف رحمه الله.

وقال زفر رحمه الله: عليه القيمة دون الدية والفتوى على قول أبى يوسف؛ لأن دعوى النسب إعتاق، وبالإعتاق يلزمه الدية.

١٩٢٥٤- وفيه أيضًا: جارية بين رجلين ولدت، فجنى ولدها، فادعاه أحدهما، وهو عالم بالجناية، قال أبو يوسف رحمه الله: عليه الدية، وإن لم يعلم، فعليه القيمة.

وقال زفر رحمه الله: إذا علم، فعليه نصف الدية، وإذا لم يعلم، فعليه نصف القيمة، فوجه قول زفر رحمه الله: إن وقت الجناية كان بينهما، ولأبى يوسف رحمه الله: أن بدعوى النسب يملك على صاحبه نصيبه من وقت العلوق، فكأنه جنى، ولا حق فيه لغير المدعى.

١٩٢٥٥- وفيه أيضًا: إذا قال لعبديه: أحدكما حر، ثم جنى أحدهما، ثم صرف المولى العتق إليه، قال أبو يوسف رحمه الله: إن علم بالجناية فعليه الدية، وقال زفر رحمه الله: عليه القيمة، لزفر رحمه الله: أن هذا ليس بإعتاق مبتدأ، ولأبى يوسف رحمه الله أن العتق فيه على التعين ثبت فى الحال، فكأنه أعتقه الآن، وبه يفتى.

١٩٢٥٦- وفيه أيضًا: عبد جنى، فأوصى المولى بعتقه فى مرضه، فأعتقه الوارث أو الوصى، فإن كان الموصى عالم بالجناية، فعليه الدية قدر قيمته من جميع المال، والزيادة من الثلث، وإن لم يكن عالمًا بها تجب القيمة فى مال الميت فى قول زفر رحمه الله، ولم يذكر أن الذى أعتق، هل يضمن؟ وماذا يضمن؟

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن علم الذى أعتقه بالجناية، فعليه الدية، قال الفقيه

---

(١) وكان فى ظ "على الأول".

أبو الليث : ينبغي أن يكون هذا قول أبي يوسف الأول، أما على قياس قوله الآخر : ينبغي أن يكون قوله مثل قول زفر رحمه الله كما قال في آخر كتاب البيوع : لو اشترى عبداً، فلم ينقد الثمن حتى وكل وكيلا بعتقه، فأعتقه الوكيل لا ضمان على الوكيل في قول أبي يوسف رحمه الله الآخر، وهو قول محمد رحمه الله، وهكذا روى عن أبي حنيفة.

هذا إذا كانت الوصية بالعتق بعد ما جنى، أما إذا أوصى بالعتق قبل الجناية، ثم جنى بعد موت الموصى، فأعتقه الوصى وهو يعلم بالجناية، فالولى ضامن للجناية، وإن لم يعلم، فهو ضامن للقيمة، ولا يرجع على الورثة؛ لأن الميت أوصى بعتقه قبل أن يجنى، ذكر هذا التفريع في جنايات "النوازل": إذا وكل رجلا أن يعتق عبده، ثم إن العبد جنى جناية، ثم أعتقه الوكيل، وهو يعلم بالجناية، فالولى ضامن لقيمة العبد إن لم يكن عالمًا بالجناية.

١٩٢٥٧- في "المنتقى" وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : إذا أوصى بعتق عبده، ثم مات، وقد كان أوصى إلى رجل، فجنى العبد جناية بعد موت الموصى، ثم أعتقه الوصى وهو يعلم بالجناية هو مختار الدية في ماله، وإن لم يعلم، فعليه القيمة، في "المنتقى" في باب ما يكون مختاراً عن أبي يوسف رحمه الله : أن الوصى لايصير مختارًا، ويسعى العبد في الأقل لولى الجناية، وذكر في آخر الباب مسألة الوصى والوارث قول أبي يوسف رحمه الله، وذكر أنه إذا أعتق العبد مع العلم بالجناية، فعليه الدية، وإن أعتقه وهو لا يعلم بالجناية، فالقيمة دين في مال الميت.

١٩٢٥٨- وفي "العيون": إذا أوصى بعتق عبد له، فجنى العبد جناية أرشها درهم، فقال الورثة بعد موت الموصى : لانفديه، فلهم ذلك؛ لأن حكم جنايات العبد تخيير المالك من غير فصل بين جناية وجناية، وإذا ثبت الخيار، ففائدته أن لا يلزمهم الفداء، فإذا تركوا الفداء، يدفع بالجناية، وتبطل الوصية، إلا أن يؤدى العبد من غير ما اكتسبه، بأن يقول لإنسان : أودعني درهمًا، ففعل فيصح، ويصير ذلك الدرهم دينًا على العبد يطالب إذا أعتق -والله أعلم بالصواب-.

الفصل العاشر
فى جناية المكاتب والمدبر وأم الولد، والجناية عليهم، وما يتصل بذلك وفيه بعض جنايات العبيد والعفو فى ذلك

١٩٢٥٩ - فنبدأ بجناية المدبر، فنقول: المدبر إذا جنى جناية موجبة للمال، فعلى المولى الأقل من قيمته ومن الأرش، به ورد الأثر عن أبى عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل؛ ولأن المدبر ملك المولى رقبته ومنفعة، فيكون موجب جنايته على المولى، كما فى القن إلا أن فى القن يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء، والمدبر ليس بمحل للدفع، فلا يخاطب بالدفع، ولكن يلزمه الأقل من قيمته ومن الأرش والمعنى فى ذلك أن موجب جناية المملوك رقبة إلا أن المولى بالتدبير السابق صار مانعًا دفع الرقبة بالجناية على وجه لم يصر مختارًا للفداء، فإنه ما كان بعلم وقت التدبير أن العبد يجنى فى المستقبل أو لا يجنى، ولو منع دفعه بالتدبير بعد الجناية على وجه لم يصر مختارًا للفداء بأن لم يعلم بالجناية صار ضامنًا، فكذلك هذا.

ثم يضمن الأقل من قيمته ومن الأرش أما إذا كان الأرش أقل فلأن المدبر لا يكون أعلى حالا من الحر، والحر لو كان هو الجانى لا يجب عليه أكثر من أرش الجناية، فههنا أولى.

وإن كانت القيمة أقل، فلأنه لو كان بمحل الدفع كان يتخلص المولى بدفع العبد، وإن كان الأرش أكثر من قيمة العبد، فإذا لم يكن بمحل الدفع، ينبغى أن يتخلص بقيمة الرقبة، وإن كان الأرش أكثر من القيمة اعتبارًا للبدل بالبدل، وتعتبر قيمة المدبر يوم الجناية لا يوم التدبير؛ لأن وجوب القيمة على المولى باعتبار أنه صار مانعًا رقبة العبد بالتدبير السابق على وجه لم يصر مختارًا للفداء، وإنما يصير مانعًا بالتدبير السابق إياه يوم الجناية لا يوم التدبير، إذ لاحق لولى الجناية يوم التدبير، فصار بالتدبير السابق مانعًا إياها يوم الجناية، فتعتبر القيمة يوم الجناية لهذا.

فإن اختلف ولى الجناية مع المولى فى قيمته بعد زمان، فقال ولى الجناية : كانت قيمته يوم جنى ألف درهم، وقال المولى : كانت خمسمائة درهم، ويوم الخصومة قيمته ألف درهم كان أبو يوسف رحمه الله أولا يقول : يتحالفان، وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه، وإن حلفا جميعًا، كان على المولى قيمته يوم يختصمان، ثم رجع وقال : القول قول المولى مع يمينه، وهو قول محمد رحمه الله . والاختلاف فى التحالف بناء على اختلافهم فى إمكان تحكيم القيمة للحال، فوجه قول أبى يوسف رحمه الله الأول : إنهما اختلفا فى قيمة مال قائم يوم الخصومة وجب أن لا يلتفت إلى قول واحد منهما، وينظر إلى قيمة ما وقع النزاع فيه للحال؛ لأنه أمكن للقاضى معرفة ما وقع النزاع فيه لا من جهتهما، إذ الحال يدل على الماضى، وله أمثلة كثيرة فى الكتب .

وجه قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله : إن جناية المدبر توجب قيمته فى ذمة المولى يوم الجناية، ولا يتعلق برقبة المدبر بحال من الأحوال؛ لأنه ما يؤمر بالدفع، وإذ لم يتعلق برقبته بحال سقط اعتبار العين، وصار العين كالهالك معنى، ولو كان هالكًا حقيقة، واختلفا فى قيمة الهالك كان القول قول من ينكر الزيادة، كذا هذا، ولا يمكن تحكيم القيمة للحال، لأن الحال لا يشهد بواحد منهما؛ لأن موضوع المسألة أن المولى يدعى قيمته يوم الجناية خمسمائة، وولى الجناية يدعى أن قيمته يوم الجناية كانت ألفى درهم، وقيمته للحال ألف درهم، فقد اتفقا على تغيير القيمة، فلم يكن الحال شاهد الواحد منهما، وإنما يحكم الحال إذا كان الحال شاهدًا لواحد منهما -والله أعلم- .

١٩٢٦٠- قال محمد رحمه الله فى "الجامع" : مدبر قتل رجلا خطأ فدفع المولى قيمته إلى ولى القتيل، ثم قتل المدبر رجلا آخر خطأ، فاعلم أن جنايات المدبر وإن كثرت لا يوجب على المولى إلا قيمة واحدة [هذا][1]؛ لأنه لم يمنع إلا رقبة واحدة، فلا يجب عليه إلا قيمة واحدة بعد، هذا على قول أبى يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله الدفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء، سواء فى أنه لا سبيل لولى الجناية الثانية على المولى، ولكن الثانى يتبع الأول، ويشاركه فى تلك القيمة؛ لأن المولى حين دفع القيمة إلى الأول كانت القيمة كلها حق الأول، إذ لم يجن المدبر على غيره، وإذا كانت القيمة كلها

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من "ظ" و "ف" و "م".

حق الأول عند الدفع إليه كان الدفع بقضاء، أو بغير قضاء سواء كما في تسليم الدار المشفوعة إلى أحد الشفعاء عندحضرته، وغيبة الباقين، يستوي فيه القضاء وغير القضاء، والدليل عليه إذا كان مكان المدبر قنّا ودفع المولى العبد إلى ولي الجناية الأولى لا يكون لولي الجناية الثانية على المولى سبيل، ولكن يتبع ولي الجناية الأولى، ويأخذ منه نصف العبد بخلاف ما إذا لم يدفع المولى قيمة المدبر إلى ولي الجناية الأولى، حتى جنى المدبر جناية أخرى، ثم دفع المولى القيمة إلى ولي الجناية الأولى، فإن لولي الجناية الثانية أن يأخذ المولى بنصف القيمة؛ لأن هناك القيمة صارت مشتركة بين الأول والثاني، فحال ما دفع القيمة إلى الأولى كلها ليس بحق للأول، أما هنا بخلافه.

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: إن كان الدفع إلى الأول بقضاء، فكذا الجواب، وإن كان بغير قضاء، فللثاني الخيار إن شاء اتبع الأول بنصف القيمة المدفوعة، وإن شاء أخذ ذلك من المولى، ثم المولى يأخذ من الأول ذلك القدر، وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين المدبر والقن.

والفرق أن في القن إنما كان كذلك لأن المولى دفع إلى الأول عين حقه، فإن حقه كان متعلقا بعين العبد حتى لو هلك العبد بطل حقه، وإذا صار المولى دافعًا إلى الأول عين حقه، صار الدفع بقضاء أو بغير قضاء سواء، هذا كالرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط اعتبر فسخا في حق الراد والمردود عليه، وفي حق غيرهما؛ لأن الرد عين حقه، فصار الرد بقضاء أو بغير قضاء سواء.

فأما هنا لم يدفع إلى الأول عين حقه، فإن عين حقه قيمته أوجبت دينًا في ذمة المولى، وما أدى المولى إلى ولي الجناية عين، والعين مع الدين غيران من حيث الحقيقة، وإذا كانا غيرين صار المولى بالدفع إلى الأول ناقلا حقه من الدين إلى العين، فإن كان هذا النقل بقضاء قاض نفذ في حق الناس كافةً.

وإن كان بغير قضاء قاضٍ صحّ هذا النقل في حق ما بينهما، ولم يصحّ في حق الثاني، فبقي حق الثاني في ذمة المولى، فإن شاء اتبع المولى، ولم يجز ما صنعه المولى، وإن شاء أجازه واتبع ولي الجناية الأولى كما في الدين المشترك، إذا دفع أحدهما إلى

صاحبه[1] إن شاء لم يجز ذلك، فاتبع الغريم، وإن شاء أجاز وشاركه، فكذا هذا.

ونظير هذا ما قالوا في الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء اعتبر فسخًا في حق ما بين الراد والمردود عليه بيعًا جديدًا في حق الثالث؛ لأن الرد ليس عين حق المشترى، بل حقه في الجزء الفائت حتى إذا زال العيب بطل حقه في الرد، إلا أن البائع لما عجز عن تسليم الجزء الفائت أراد المشترى أن ينقل حقه من ذلك الجزء إلى بدله بالفسخ حتى يتوفّر عليه رأس ماله إن لم يتوفّر عليه المبيع، فإن كان الرد بغير قضاء صح هذا النقل في حقهما، واعتبر فسخًا في حق ما بينهما كما قصدا، وفي حق غيرهما اعتبر بيعًا جديدًا؛ لأنه لا ولاية لهما على غيرهما، وإن كان بقضاء قاضٍ نفذ على الناس كافة؛ لأن للقاضي ولاية على الناس كافة كذا هذا -والله أعلم-.

١٩٢٦١- وإذا قتل المدبر قتيلا خطأ، وقيمته ألف درهم، فازداد قيمته، فصار يساوي ألفي درهم، ثم قتل آخر خطأ، فانتقصت قيمته، فصار يساوي خمسمائة، ثم قتل قتيلا آخر، فإنه يقضي على المولى بألفي درهم، وهذا لأن المولى لا يضمن بسبب جنايات المدبر إلا قيمة واحدة، وقيمته يوم الجناية الثانية أكثر، فيضمن ألفي درهم، وإذا ضمن المولى ألفي درهم، فولي الجناية الثانية يأخذ من ذلك ألفًا؛ لأنه لا حق في الألف الزائد لا للأول ولا للثالث؛ لأن قيمة المدبر تعتبر يوم الجناية، والألف الزائد لم يكن وقت الجناية الأولى والثالثة، وللثاني فيه حق؛ لأنها كانت موجودة وقت الجناية على الثاني، فتكون للثاني خاصة، بقي ألف درهم، فخمسمائة منها اجتمع فيه حق الأول والثاني؛ لأن قيمته وقت الجناية على الأول والثاني كانت ألفًا، وحق الأول عشرة آلاف، فإنه لم يصل إليه شيء، وحق الثاني في تسعة آلاف؛ لأنه وصل إليه ألف، فيقسم الخمسة مائة بينهما على تسعة عشر سهمًا تسعة أسهم للثاني وعشرة للأول، بقي خمسمائة أخرى اجتمع فيها حق الكل، فيقسم بينهم على قدر حقهم، فيصير للثالث فيها بعشرة آلاف، والثاني بعشرة آلاف إلا ما أخذ مرتين، والأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ مرة.

١٩٢٦٢- وإذا قتل المدبر قتيلا خطأ وقيمته ألف، فدفعها المولى بقضاء قاضٍ، ثم

---

(١) وكان في ظ "حصته".

انتقصت قيمته، فصار يساوي خمسمائة درهم، ثم قتل آخر، فإن حق الأول في الألف؛ لأنه حين جنى عليه كان قيمته ألفًا، وحق الثاني في خمسمائة؛ لأنه حين جنى عليه كانت قيمته خمسمائة، فخمسمائة من الألف لا حق للآخر فيه، فيكون سالمًا للأول، بقي خمسمائة اجتمع في هذه الخمسمائة حقهما، فيقسم بينهما على قدرحقهما، فيضرب الأول فيها بعشرة آلاف إلا خمسمائة، والثاني بعشرة آلاف درهم -والله أعلم-.

١٩٢٦٣- وإذا قتل المدبر قتيلا خطأ، واستهلك مالا، فإن على المولى قيمته لأولياء القتيل، وعلى المدبر أن يسعى فيما استهلك من المال؛ لأن ضمان الجناية يجب في ذمة المولى لا على المدبر، وضمان استهلاك المال يجب في ذمة المدبر، فإذا دفع المولى قيمته إلى أولياء الجناية، فإنه لا يشاركهم فيها غرماء المدبر؛ لأنهما حقان وجبا بسببين مختلفين في ذمتين مختلفتين، ولو وجبا بسببين في ذمة واحدة فما يأخذ أحدهما لا يكون للآخر في ذلك شركة، فإذا وجبا بسببين في ذمتين أولى.

١٩٢٦٤- وأما المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال: فموجبها عليه دون سيده بلا خلاف بين علمائنا، وإنما الخلاف في أن الواجب بنفس الجناية ما ذا؟ فعلى قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف رحمهم الله الآخر: الواجب هو الدفع، وإنما يتحول الواجب إلى المال بإحدى معانٍ ثلاثة: إما قضاء القاضي بالمال، وإما الاصطلاح على المال، وإما وقوع اليأس عن الدفع بالعتق، أو بالموت عن وفاء، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول زفر رحمه الله: الواجب بنفس الجناية هو المال.

وثمرة الخلاف: تظهر في فصول من جملتها ما ذكر في "الجامع الصغير": أن المكاتب إذا جنى، وعجز، ورد في الرق، فإن كان قبل قضاء القاضي بالمال، وقبل اصطلاحهما على المال، فإنه يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء، وإن كان بعد قضاء القاضي، أو بعد الاصطلاح على المال يباع فيه، ولا يدفع عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد وأبي يوسف الآخر.

وفي قوله الأول وهو قول زفر رحمه الله: يباع في الحالين، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله: إن هذه جناية مملوك تعذر دفعه، فوجب أن يجب

موجبها دينًا فى الذمة بنفس الجناية من غير قضاء قياسًا على المدبر .

وأما وجه قوله الآخر وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : وهو أن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، وجناية العبد تتعلق برقبة العبد ما لم يقع اليأس عن الدفع كما فى المدبر ، ولم يقع اليأس عن دفع المكاتب بنفس الكتابة بل حاله موقوف بين أن يعجز ، فيردّ فى الرق ، فيدفع وبين أن يموت عن وفاء ، أو يعتق بالأداء فلا يدفع ، وكذا إذا رضى بالدفع ، يدفع ، ويفسخ الكتابة ، وإذا كان دفع المكاتب موهومًا غير مأيوس عنه احتيج إلى قرينة آخرى لتصير الجناية مالا ، وذلك إما قضاء القاضى أو الإصلاح أو اليأس عن الدفع .

هذا كالعبد المغصوب إذا أبق لا تصير القيمة دينًا فى ذمة الغاصب بنفس الإباق من غير قضاء ولا رضا ، وإن عجز عن الرد ؛ لأن عوده عن الإباق موهوم غير مأيوس ، فاحتيج إلى قضاء أو رضا حتى يتحول حق المغصوب عنه من العين إلى الذمة حتى لو عاد العبد من الإباق قبل القضاء كان المغصوب منه أحق به ، وبعد القضاء يتحول من العين إلى القيمة ، فكذلك هنا .

وكما قالوا : فيمن اشترى عبدًا شراء فاسدًا وقبضه ، ثم إن المشترى كاتبه ، أو باعه من غيره ، فإن قيمة المشترى لا تصير دينًا على المشترى إلا بالقضاء ، حتى لو رد العبد عليه بالعيب أو عجز ، ورد رقيقًا كان للبائع أخذ العبد ، وإن صار المشترى عاجزًا عن رد ما اشترى للحال ؛ لأن العود إلى المشترى حتى يرده على البائع موهوم ، ولو قضى القاضى عليه بالقيمة صارت القيمة دينًا عليه ، ويحول حق البائع من العبد إلى القيمة ، حتى إذا أعاد إلى المشترى ، لا يكون للبائع على العبد سبيل ، فكذا هذا بخلاف المدبر ؛ لأنه بالتدبير وقع اليأس عن دفعه ، فكان بمنزلة ما لو مات المغصوب فى يد الغاصب ، وبالموت تصير القيمة دينًا فى ذمة الغاصب ، فكذلك هذا .

ثم جناية المكاتب إذا صارت مالا تتعلق بكسبه وذلك الأقل من قيمته ومن الأرش ، أما تعلقها بكسبه ؛ لأن المكاتب مملوك رقبةً ، حر يدًا ، ولهذا صار أحق بمنافعه وأكسابه ، فمن حيث إنه مملوك رقبة يجب أن يكون موجب جنايته على المولى كما قبل الكتابة ، ومن حيث إنه حرّ يدًا ، يجب أن لا يكون موجب جنايته على المولى ، ويكون

عليه كأبعد العتق إلا أن العمل بالأمرين ممكن، بأن نجعل جنايته فى كسبه حتى يكون[1] موجب الجناية عليهما؛ لأن للمكاتب حقًا فى كسبه وللمولى كذلك، فمتى أوجبنا فى كسبه، فقد أوجبنا على المولى من وجه، وعلى المكاتب من وجه، فيكون عملا بالأمرين بقدر الإمكان، وهذا بخلاف المدبر إذا جنى جناية كان موجب جنايته على المولى، وذلك لأن المدبر مملوك للمولى رقبة ومنفعة، فإنه لم يصر بالتدبير حرًا يدًا، وإذا بقى ملوكًا للمولى رقبة، ومنفعة كان موجب جنايته على المولى من كل وجه كما قبل التدبير، فأما المكاتب بخلافه على ما مر.

فإن قيل: إذا صار المكاتب بالكتابة حرًا يدًا يجب أن يكون موجب جنايته على عاقلة مولاه.

قلنا: المكاتب إن صار حرًا يدًا بقى مملوكًا رقبة، فمن حيث إنه مملوك رقبة لا يجب موجب جنايته على عاقلة مولاه كما قبل الكتابة، ومن حيث إنه حر يدًا، يجب أن يكون موجب جنايته على عاقلة مولاه كما بعد العتق، وموجب جنايته قبل الكتابة لم يكن واجبًا على عاقلة مولاه، وقع الشك فى حق الوجوب عليهم، فلا يجب عليهم بالشك، ولم نجد مالا دائرًا بين عاقلة المولى والمكاتب حتى نجعل موجب الجناية فيه، فيكون إيجابًا عليهما بقدر الإمكان.

فأما فيما بين المولى والمكاتب وجدنا مالا دائرًا بينهما، وهو كسب المكاتب، فأوجبنا موجب الجناية فيه، حتى يكون إيجابًا على المولى من وجه من حيث إنه بقى مملوكًا رقبة، وإيجابًا على العبد من حيث إنه صار حرًا يدًا عملا بالأمرين بقدر الإمكان.

١٩٢٦٥ - وإن جنى المكاتب جناية أخرى خطأ، فإن كان القاضى قضى عليه بالأقل من قيمته، ومن الأرش الأول قبل جنايته على الثانى، فإن عليه للثانى مثل ما للأول، وذلك أن يسعى له فى الأقل من قيمته، ومن أرش الجناية أيضًا.

وإن كان القاضى لم يقض عليه للأول، حتى جنى الجناية الأخرى، فإن عليه أن يسعى لهما فى الأقل من قيمته، ومن أرش الجنايتين، وتكون تلك القيمة بينهما، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر بناء على ما قلنا: إن جناية

(١) وكان فى الأصل: "يصير".

المكاتب لاتصير مالا إلا بأحد معانٍ ثلاث .

فإذا قضى القاضى عليه بالمال للأول قبل الجناية الثانية ، فقد تحول الحق من رقبته إلى المال ، وصار ذلك القدر من المال دينًا فى ذمته ، فهذا مكاتب عليه دين ، وقد جنى ، فتلزمه السعاية فى الأقل من قيمته ومن الأرش ، فأما إذا لم يقضِ القاضى للأول بالمال بقيت جنايته متعلقة برقبته ، فإذا جنى جناية أخرى تعلقت الجناية الثانية برقبته أيضًا ؛ لأنه موهوم الدفع على ما مرّ ، فتجب السعاية فى قيمة واحدة ؛ لأن القيمة بدل من الرقبة ، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع كان يقع الخلاص عن الكل بدفع واحد ، فكذلك يقع الخلاص عن الكل بقيمة واحدة إذا لم يكن بمحل الدفع -والله أعلم- .

١٩٢٦٦- وإذا قتل المكاتب قتيلا خطأ وقيمته ألف درهم ، فلم يقض عليه بشىء حتى قتل قتيلا آخر خطأ وقيمته يومئذٍ ألفان ، ثم رفع إلى القاضى ، فإنه يقضى على المكاتب أن يسعى فى ألفى درهم آلاف ، الزائد من الألفين لولى القتيل الثانى ، والألف الموجودة وقت الجناية الأولى يكون بين ولى القتيل الأول والثانى على قدر حقهما ، أما يقضى القاضى على المكاتب بألفى درهم ؛ لأنه جنى الجناية الثانية وقيمته ألفَا درهم ، فإذ قضى بألفى درهم ، فالألف الزائد يكون لولى القتيل الثانى خاصة ، وذلك لأن قيمة المكاتب إنما يعتبر يوم الجناية ؛ لأن سبب وجوب الضمان على المكاتب الجناية ، فتعتبر قيمته يوم الجناية وقيمة المكاتب يوم الجناية الثانية ألفان ، ووقت الجناية الأولى ألف فيتعلق حق الناس بالألف الزائدة ؛ لأنها كانت موجودة وقت الجناية على الثانى فلم يتعلق بها حق الأول ، لأنها لم تكن موجودة وقت الجناية على الأول فكانت الألف الزائدة للثانى خاصة ، والألف القائمة وقت الجناية الأولى تكون بين الأول والثانى ؛ لأنها موجودة وقت الجنايتين ، فتكون الألف القائمة وقت الجناية الأولى مقسومة بين مولى القتيل الأول والثانى على قدر حقهما ، وحق ولى القتيل الثانى فى تسعة آلاف ؛ لأنه وصل إليه ألف ، وحق الأول فى عشرة آلاف ، فتقسم الألف القائمة بينهما على تسعة عشر سهمًا : عشرة أسهم للأول ، وتسعة أسهم للثانى ، فما خرج من السعاية ، يكون نصفه للثانى خاصة ، والنصف الأخير بين الأول والثانى على قدر حقهما على تسعة عشر سهمًا .

١٩٢٦٧- وإذا قتل المكاتب قتيلين خطأ، فقضى عليه بنصف القيمة لأحدهما، والآخر غائب، ثم قتل آخرًا، ثم عجز، وردّ فى الرق، فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء؛ لأن المكاتب بعد العجز بمنزلة عبد مأذون فيما مضى، فهذا عبد فى عنقه جناية، فيخير المولى بين الدفع والفداء، فإن اختار الدفع، ذكر أنه يدفع النصف إلى ولى القتيل الثالث، ثم يباع هذا النصف بنصف القيمة التى قضى لولى القتيل الأول، والنصف الآخر قال: يقسم بين ولى القتيل الثالث والأوسط على قدر حقهما، وذلك لأن المكاتب لما قتل قتيلا خطأ، فقد تعلق بعتقه دم حرين، فصار النصف من رقبته مشغولا بجناية الأول، والنصف مشغولا بجناية الثانى، فإذا جاء الأول يطلب حقه يقضى له القاضى بنصف القيمة؛ لأن المشغول بحقه كان نصف الرقبة، وإذا قضى له بنصف القيمة فقد فرغ نصف الرقبة عن الجناية؛ لأنه صار حق الأول دينًا فى ذمته وبقى نصف الرقبة مشغولا بحق الثانى، فلما قتل الثالث قتل ونصف رقبته فارغ عن الجناية لكن فيه دين، والنصف الآخر من الرقبة مشغولا بجناية الثانى إلا أن كون العبد مديونًا ومستحقًا بالجناية لا يمنع تعلق حق ولى الجناية الثالثة برقبته، فصار النصف الفارغ مشغولا بجناية الثالث، والنصف المشغول صار مشغولا بحقه وبحق الثانى، فقد اجتمع فى النصف الفارغ دين وجناية، والدين سابق على الجناية، وفى مثل هذا يدفع العبد أولا بالجناية، ثم يباع بعد ذلك بالدين، فيدفع النصف الفارغ إلى الثالث أولا، ثم يباع بدين الأول، وفى النصف الثانى اجتمع حق الثانى والثالث، وقد اختار المولى الدفع، فيكون هذا النصف بينهما على قدر حقهما، وحق الثانى فى عشرة آلاف؛ لأنه لم يصل إليه شيء من العبد، وحق الثالث فى خمسة آلاف؛ لأنه وصل إليه نصف العبد، فيكون النصف المشغول بينهما على قدر حقيهما أثلاثًا: ثلث النصف للثانى، والثلث الآخر للثالث.

وهذا إذا اختار الدفع، وإن اختار الفداء فدى للثانى بعشرة آلاف، وللثالث كذلك، وظهر العبد عن حق الثانى والثالث، وبقى للأول نصف قيمة العبد دينًا على العبد، فيقال للمولى: إما أن تقضى دينًا، أو يباع العبد عليك، وإذا لم يقض المولى[1] دين العبد حتى وجب البيع، قالوا: يباع جميع العبد بدينه لا النصف؛ لأن حق الأول

(١) وكان فى ظ "لم يقضوا للمولى دين".

كان ثابتًا في جميع العبد؛ لأنه جنى على وليه، وليس في عتقه جناية إلا أنه نقص حق الأول للمزاحمة، واحتيج إلى البيع، وجب بيع الكل بدينه، بخلاف ما لو قضى للثاني بنصف القيمة، وفدى للآخرين، فإنه إذا لم يقض دين العبد حتى وجب بيعه بالدين، فإنه يباع بنصف العبد ولا يباع الكل؛ لأن حق الثاني ما وجب إلا في النصف؛ لأنه حين جنى على وليه كان في عتقه دم حر، فما ثبت حقه إلا في النصف، فإذا كان حقه في نصف العبد لا يباع الكل.

١٩٢٦٨- وإذا جنى المكاتب جناية، ثم مات فهذا على وجهين: إما أن يموت عاجزًا بأن مات، وترك مائة درهم، وكتابته أكثر من ذلك، أو مات عن وفاء بأن مات، وترك من الكسب ما يفي بالجناية والمكاتبة، وكل وجه من ذلك على وجهين: إما أن مات بعد أن قضى القاضي عليه بالجناية، أو مات قبل أن يقضى عليه بالجناية، وإن مات عاجزًا قبل القضاء عليه بالجناية، فإن الجناية تبطل، وتكون المائة التي تركها للمولى، أما تبطل الجناية: لأنه لما مات عاجزًا انفسخت الكتابة في آخر جزء من أجزاء حياته، وصار كعبد مأذون فيما مضى، فهذا عبد مات، وفي عنقه جناية، وترك كسبًا، فتبطل الجناية؛ لأن الجناية لا تتعلق بكسب الجاني، ولا بولده؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وإذا بطلت الجناية سلم الكسب للمولى، وإن مات بعد ما قضى بالجناية، فما ترك، يقضى من ذلك الجناية، وذلك لأنه لما قضى القاضي عليه بالجناية، صارت الجناية دينًا عليه، وإذا مات عاجزًا، فهذا عبد مات وعليه دين، وترك كسبًا، فيقضى الدين من كسبه؛ لأن الدين يسري إلى كسب العبد، والجناية لا تسرى إليه.

هذا إذا مات عاجزًا، وإن مات عن وفاء قبل قضاء القاضي عليه بالجناية، فإنه لا تبطل الجناية؛ لأن المكاتب متى مات عن وفاء، فإنه لا تنفسخ الكتابة عندنا، فهذا مكاتب مات، وفي عنقه جناية، والمكاتب متى مات وفي عنقه جناية، فإن الجناية لا تبطل؛ لأنه اعتبر حيًا حكمًا، ولهذا عتق بالأداء، ولكن ينقلب دينًا لوقوع اليأس عن دفعه بجناياته بخلاف ما لو مات عاجزًا؛ لأنه بالموت عاجزًا تنفسخ الكتابة في آخر جزء من أجزاء حياته، ويصير كعبد مأذون فيما مضى، فهذا عبد مات، وفي عنقه جناية، فتبطل الجناية سواء ترك كسبًا، أو لم يترك.

وإذا لم تبطل الجناية بموته عن وفاء، فقد اجتمع فى كسبه جناية وبدل كتابة، فيقضى منه الجناية أولا، ثم الكتابة، ثم إن فضل شيء يكون لورثة المكاتب، وإنما وجب تقديم الجناية أولا، ثم الكتابة؛ لأن الأصل أن الحقوق متى اجتمعت فى كسب الميت حقيقة وحكمًا، وبعضها أقوى من بعض، فإنه يبدأ بالأقوى فالأقوى، سواء كانت التركة تفى بالكل أو لاتفى، فإن كانت لا تفى فظاهر؛ لأن إذا كان لا تفى بالكل لا بد من إيفاء بعض الحقوق، وإبطال البعض، وكان إبطال الأضعف أولى من إبطال الأقوى، وإذا كان تفى بالحقوق كلها، فكذلك يبدأ بالأقوى فالأقوى؛ لأن البداية بالأضعف ربما تصير سببًا لإبطال الأقوى عسى، فإنه ربما يهلك الباقى من التركة قبل إيفاء الأقوى، فيبطل الأقوى عسى، وكما لا تجوز البداية بالأضعف، إذا كان فيه إبطال الأقوى، لا تجوز البداية إذا كان فيه إبطال الأقوى عسى، فلهذا وجبت البداية بالأقوى فالأقوى، وكان القياس فى الحى إذا وجب عليه حقوق أن يبدأ بالأقوى فالأقوى، حتى إذا وقع الخلل بموته يقع الخلل فى الأضعف، لا فى الأقوى، إلا أنا تركنا القياس فى الحى بالشرع، فإن الشرع جوز التبرع من الحى، وإن كان عليه ديون الدنيا، فرد الميت إلى ما يقتضيه القياس.

وإذا وجبت البداية بالأقوى فالأقوى، متى اجتمعت الحقوق فى كسب الميت، نقول: الجناية أقوى من بدل الكتابة لوجهين: أحدهما: وهو أن الجناية مما تصير دينًا بموت المكاتب عن وفاء؛ لأنه بموته عن وفاء تقع اليأس عن دفعه، فكان بمنزلة ما لو وقع اليأس عن دفعه حال حياته بأن أدى، فعتق، ولو أدى، فعتق، صارت الجناية دينًا، فكذلك إذا مات عن وفاء؛ لأن الدين أقوى من بدل الكتابة، ألا ترى أن المكاتب يحبس به لو كان حيًّا، ويجوز أخذ الكفيل به بخلاف بدل الكتابة.

١٩٢٦٩- والثانى: أن بدل الكتابة يسقط بالعجز، والجناية لا تسقط بالعجز، فكانت الجناية أقوى من الكتابة، فوجبت البداية بالجناية، فيبدأ بالجناية، ثم بالمكاتبة، فإن فضل شيء يكون لورثة المكاتب.

١٩٢٧٠- هذا إذا مات عن وفاء قبل قضاء القاضى عليه بالجناية، فأما إذا مات عن وفاء بعد قضاء القاضى عليه بالجناية، يبدأ بالجناية، ثم بالكتابة؛ لأنه كان يبدأ

بالجناية، وإن لم يقض بالجناية، فبعد القضاء بها أولى.

وهذا إذا لم يكن على المكاتب دين سوى الجناية، فأما إذا كان على المكاتب دين سوى الجناية وقد ترك ما يفى بالديون والجناية وبدل الكتابة، فهذا على وجهين أيضًا: إما إن مات بعد قضاء القاضى عليه بالجناية، فإن ولى الجناية يكون أسوة سائر الغرماء، ولا تقدم الديون على الجناية؛ لأن القاضى لما قضى بالجناية، صارت دينًا عليه وهو حى، فالتحق بسائر الديون، فهذا مكاتب مات وعليه ديون وبدل الكتابة، فتبدأ بالديون، ثم بالمكاتبة، ثم إن فضل شىء يكون لوارث المكاتب، وإن لم يكن قضى القاضى عليه بالجناية حتى مات، فإنه يقدم الديون على الجناية، وكان يجب أن يكون ولى الجناية أسوة لسائر الغرماء، وذلك لأن جناية المكاتب تصير دينًا بموته عن وفاء، كما يصير دينًا بقضاء القاضى، ولو صار دينًا بقضاء القاضى كان ولى الجناية أسوة لسائر الغرماء، فكذا إذا صارت دينًا بموته عن وفاء إلا أن الجواب عنه أن الجناية بموته عن وفاء، وإن كانت تصير دينًا إلا أنه يتعلق بالتركة بعد تعلق سائر الديون، وذلك لأنه إنما تتعلق الجناية بعد الموت بالتركة؛ لأنه بعد الموت صار دينًا فيثبت التعلق بعد الموت، وسائر الديون تعلق بماله حين مرض مرض الموت فى حال حياته، فكانت الجناية من سائر الديون بمنزلة دين المرض من دين الصحة؛ لأن دين المرض يتعلق بعد تعلق دين الصحة، ودين المرض مؤخر عن دين الصحة، فكذلك هذا.

وإن مات بعد القضاء فيها كان ولى الجناية أسوة لسائر الغرماء، وهذا الذى ذكرنا كله إذا كان فيما ترك المكاتب وفاء بالديون والجناية والمكاتبة جميعًا، فأما إذا كان لا يفى بالمكاتبة، وإنما يفى بالديون والجناية جميعًا لا غيرها، هل تبطل الجناية؟ إن كان القاضى قضى بها قبل موته، فالجناية لا تبطل، ويقضى من كسب الديون والجناية جميعًا؛ لأنه لما قضى بها قبل موت المكاتب، فقد صارت دينًا فى ذمته حال حياته، والتحق بسائر الديون، فهذا مكاتب مات عاجزًا وعليه ديون، وترك كسبًا، فيقضى الديون من كسبه، وإن لم يكن قضى القاضى بالجناية، فإن الجناية تبطل، ويقضى الديون من كسبه؛ لأن هذا مات عبدًا؛ لما ذكرنا أنه متى مات عاجزًا يعتبر عبدًا ماذونًا فيما مضى، فهذا عبد مات وفى عنقه جناية ودين، وترك كسبًا، فإنه يبطل الجناية، ويستوفى الديون من

كسبه، فكذلك هذا -والله أعلم-.

١٩٢٧١- وإذا مات المكاتب، وترك ابنًا قد ولد له فى كتابته من أمة له وعليه دين وجناية، قد قضى بها عليه، أو لم يقض بها، فإن الابن يسعى فى الدين، ويسعى فى الأقل من قيمة أبيه حين جنى ومن أرش الجناية ومن المكاتبة، وذلك لأن الولد المولود فى المكاتبة قائم مقام المكاتب؛ لأنه بعض المكاتب، وقد سرى إليه كتابة أبيه، ولهذا قالوا جميعًا: يسعى على نجوم الأب، وكذلك يستفيد عتقًا بأداء بدل الكتابة، كما يستفيده المكاتب، فهو قائم مقامه، وإذا قام مقام الأب، فكأن الأب حيّ، ولو كان الأب حيًا، وعليه دين وجناية وبدل كتابة، فإنه يسعى فى الكل، قضى عليه بالجناية، أو لم يقض بها، فكذلك هنا، ولا يجبر على أن يبدأ من ذلك بشيء قبل شيء بخلاف ما إذا لم يترك ولدًا، وإنما ترك كسبًا، فإنه يترتب الحقوق بعضها على بعض، وإنما يكون كذلك لأن الابن متى كان حيًا ولزمه السعاية فيما كان على الأب، فهذه حقوق اجتمعت فى كسب الحى؛ لأن هذه الحقوق تقضى من كسب الابن، وهو حى قائم مقام أبيه، ولو كان الأب حيًا لا يترتب الحقوق بعضها على بعض، وكذلك هذا بخلاف ما إذا ترك كسبًا يفى بما عليه وبالكتابة، ولم يترك ولدًا، فإنه يترتب الحقوق بعضها على بعض؛ لأن الحقوق اجتمعت فى كسب الميت، والحقوق متى اجتمعت فى كسب الميت فإنه يبدأ بالأقوى فالأقوى؛ لما بيّنا.

١٩٢٧٢- وإن عجز عن شيء من النجوم، أو أخّره عن محله، ولم يكن له وفاء بذلك، فإنه يرد فى الرق؛ لأنه قائم مقام الأب، والأب لو كسر نجمًا أو نجمين حال حياته، فإنه يرد فى الرق فكذلك الابن، وإذا رد فى الرق لا شك أنه يباع بما كان على ابنه من الديون؛ لأن الولد لما عجز ظهر أن المكاتب مات عاجزًا، وقد ذكرنا أن المكاتب متى مات عاجزًا، يعتبر عبدًا مأذونًا فيما مضى، فهذا عبد مات وترك كسبًا، فيباع كسبه بما عليه من الديون، وهل يقضى من ذلك الجناية؟ إن كان مات بعد قضاء القاضى بها، يقضى من كسب الجناية، ويكون ولى الجناية أسوة لسائر الغرماء؛ لأن الجناية بالقضاء بها صارت دينًا، والتحقت بسائر الديون، فهذا عبد مات، وعليه ديون لا جناية فى عنقه، وترك كسبًا، فيقضى كله من كسبه، وإن مات قبل قضاء القاضى بالجناية، بطلت

الجناية، ويباع الابن فيه، فيؤخذ من ذلك الديون؛ لأن هذا عبد مات وفى عنقه جناية، وترك كسبًا، فيقضى الديون من كسبه، وتبطل الجناية.

وأما أم الولد إذا جنت جناية خطأ فالجواب فيها كالجواب فى المدبر؛ لأن أم الولد مملوكة للمولى رقبة ومنفعة، فكانت نظير المدبر، وقد امتنع الدفع معنى من جهة المولى وهو الاستيلاد السابق، فكان موجب جنايتها على المولى، ويلزمه الأقل من قيمتها ومن الأرش كما ذكرنا فى المدبر.

١٩٢٧٣- وإذا جنى العبد جناية خطأ، واختار المولى الفداء، وليس عنده ما يؤدى به الفداء سوى العبد الجانى، قال أبو حنيفة رحمه الله: بأن اختيار الفداء ماض على حاله، ولا يكون لأولياء الجناية أن ينقضوا الاختيار، ويعيدوا حقهم فى رقبة العبد فيتشبثوا به، وإنما لهم المطالبة بدينهم حتى يبيع المولى العبد، ويقضى الفدية من ثمنه، ويكون الباقى دينًا عليه، فإن لم يبع العبد بنفسه لا يبيع القاضى عليه، بل يحبسه حتى يبيع بنفسه، أو يبيع غيره بأمره، ويصرف ثمنه إلى أولياء الجناية قضاء عن الدية، ويكون الباقى دينًا عليه، والجواب عند أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسألة كالجواب فيما لو كان على المولى دين آخر سوى الفداء.

وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا أدى الفداء كان الاختيار ماضيًا على حاله، وإن عجز عن الفداء كان لأولياء الجناية الخيار، إن شاؤوا نقضوا الاختيار، حتى يعود حقهم فى العبد فيتشبثوا به، وإن شاؤوا، لم ينقضوا الاختيار، وطلبوا من القاضى أن يبيع العبد عليهم بغير رضاهم، و يقضى حقهم فى الدية من ثمنه، ويكون الباقى دينًا عليه.

وجه قولهما فى ذلك: إن اختيار المولى الفداء، إما أن يعتبر شراء أو حوالة؛ لأن فى الاختيار كلا المعنيين، أما فيه معنى الشراء وذلك لأن حق أولياء الجناية بنفس الجناية تعلق برقبة العبد حتى لو هلك العبد، بطل حقهم، وباختيار الفداء يصير ما للمجنى عليه من الحق فى العبد للمولى بعوض، وهذا معنى شراء العبد من أولياء الجناية.

وفيه معنى الحوالة؛ لأن الحوالة ليس إلا نقل الحق من محل إلى محل، وقد وجد هذا المعنى باختيار الفداء، وذلك لأن حق أولياء الجناية فى رقبة العبد فى الأصل، حتى

لو هلك العبد بطل حقهم، وباختيار الفداء يتحول الحق من العبد إلى ذمة المولى حتى لا يبطل حقهم بهلاك العبد، وكان بمعنى الحوالة من هذا الوجه، فدل أن فى اختيار الفداء معنى الشراء ومعنى الحوالة، وأى المعنيين اعتبرنا كان للمولى التشبّث بالعين إن عجز المولى، وأفلس عن أداء الفداء.

أما باعتبار الشراء لأن المولى بمنزلة مشترٍ أفلس عن الثمن قبل قبض المشترى، وذلك لأن يد المولى فيما لأولياء الجناية من الحق فى العبد يد أوليا الجناية حتى لو هلك العبد، كان الهلاك على أولياء الجناية، فكان يد المولى فى العبد باعتبار مالهم من الحق يد المودع، ويد المودع كيد المودع، فيكون العبد بهذا الاعتبار فى يد أولياء الجناية، فإذا أفلس عن الفداء، فهو مشترٍ أفلس قبل قبض المشترى من حيث المعنى.

والمشترى إذا أفلس قبل قبض المشترى، كان البائع بالخيار إن شاء تشبث بالعبد، فيحبس العبد حتى يستوفى الثمن، وإن شاء طلب من القاضى حتى يبيع العبد، ويوفى ثمنه، فكذلك هذا يكون لولى الجناية الذى هو بمعنى البائع الخيار إن شاء، تشبث بالعبد حتى يستوفى الثمن وهو الدية، وإن شاء طلب من القاضى أن يبيع العبد، ويوفى ثمنه.

وأما باعتبار الحوالة لأن المحتال عليه أفلس قبل أداء ما لزمه بالحوالة، فيتخير المحتال له، وهو ولى الجناية فى ذلك، إن شاء، نقض الحوالة حتى يعود حقه فى العبد، وإن شاء لم ينقض، وطلب من القاضى حتى يبيع العبد بدينه إن لم يبع المولى بنفسه إلا أن مسألتنا تفارق مسألة الحوالة المحضة، فإن فى الحوالة المحضة متى أفلس المحتال عليه عن بعض ما التزم بالحوالة، وقدر على أداء البعض، فالمحتال له إنما ينقض الحوالة فى البعض لافى الكل، وهنا يتخير إن شاء نقض الحوالة فى الكل، وإن شاء أمضى الحوالة فى الكل، وذلك لأنا متى أثبتنا لهم نقض الحوالة فى البعض دون البعض كما فى غيرها من الحوالات يعود إلى المولى بعض العبد، ويبقى حق أولياء الجناية فى بعض الفداء، فيكون جمعًا بين الفداء والدفع، وهذا غير مشروع، فلهذه الضرورة يتخير بين أن ينقض الحوالة فى الكل، وبين أن يختار الحوالة فى الكل.

ونظير هذا ما قالوا: فى العبد المأذون إذا لحقه دين، وطلب الغرماء بيع العبد بدينهم، فاختار المولى قضاء الدين، ثم عجز عن قضاء الدين، بأن لم يكن له ماله

يقضى به دينهم سوى العبد المأذون، عاد حقهم فى العبد كما كان قبل الاختيار.

١٩٢٧٤- وكذلك الراهن إذا اختار قضاء الدين، ثم عجز عنه كان للمرتهن التشبث بالرهن كما قبل الاختيار، وطريقه ما قلنا فكذلك هذا.

وجه قول أبى حنيفة رحمه الله فى اختيار المولى: إما أن يعتبر شراء أو حوالة من الوجه الذى قالا، فأى ذلك ما اعتبرنا لا يكون لأولياء الجناية نقض الاختيار والتشبث بالعين، أما باعتبار الشراء فلأن المولى بمنزلة المشترى، إذا أفلس عن الثمن بعد قبض المشترى؛ لأن المولى بعد ما اختار الفداء، وصار مشتريًا للعبد يخلى بالعبد ويصير قابضًا بالتخلية؛ لأن المولى فى حق العبد بمنزلة المودع، والمودع إذا اشترى الوديعة، ثم يخلى بالوديعة صار قابضًا، والمشترى إذا أفلس بعد قبض المشترى لا يكون للبائع نقض المشترى ولا حق التشبّث بالعبد، وإنما له المطالبة بالثمن حتى يبيع المشترى العبد ويقضى ثمنه، فإن باع العبد، وقضى ثمنه، وإلا حبسه القاضى حتى يبيع العبد بنفسه أو بأمر غيره بالبيع، ولا يبيع العبد عليه بغير رضاه عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه يكون هذا حجرًا على الحر، وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على الحر، وباعتبار الحوالة لا يعود حقه إلى العبد.

١٩٢٧٥- هذا إذا أفلس المولى ولا يكون لهم التشبث بالعبد مادام المولى حيًّا؛ لأن الإفلاس لايتحقق عند أبى حنيفة رحمه الله مادام المحتال عليه حيًا؛ لأن المال غادٍ ورائح، وإنما تحقق إذا مات مفلسًا، فلا جرم إذا مات المولى مفلسًا، نقول: بأنه يعود حقه إلى العين، فباعتبار معنى الحوالة تصير المسألة بناء على تلك المسألة.

وأما مسألة الرهن والدين الذى قال: قلنا: اختيار القضاء فى مسألة العبد المديون والرهن، لم يعتبر شراء ولا حوالة؛ لأن بعد اختيار قضاء الدين بقى الحق فى العين على حاله حتى لو هلك الرهن، أو العبد المديون بعد الاختيار، سقط حق الغرماء، ولم يكن على المولى شيء، وإذا لم يكن اختياره قضاء الدين لا شراء ولا حوالة، صار وجود هذا الاختيار وعدمه بمنزلة، فأما فى مسألتنا هذا فاختيار المولى الفداء شراء أو حوالة؛ لأن اختيار الفداء أوجب قطع حق أولياء الجناية عن الرقبة، حتى لو هلكت الرقبة بعد اختيار الفداء، لا يبطل حق أولياء الجناية بهلاك العبد، وبالاعتبارين جميعًا لا يكون للمولى

التشبث بالعين من الوجه الذى قلنا -والله أعلم- .

١٩٢٧٦- وإذا جنت الأمة جناية خطأ، ثم ولدت ولداً بعد ذلك، ثم اختار المولى الدفع، فإنه يدفعها دون الولد.

فرق بين هذا وبينما إذا استهلك مالا، ثم ولدت بعد ذلك ولداً، فإنها تباع مع الولد بالدين، فقد سرى الدين إلى ولدها الحادث بعد الدين، والجناية لم تسر إلى ولدها الحادث بعد الجناية.

والفرق الصحيح أن يقال: إن ولد الأمة الجانية إنما لا يدخل فى جنايتها؛ لأنها حين ولدت لم يكن لولى الجناية فى الأمة الجانية لا ملك، ولا حق مستقر فى العين، وإنما يسرى إلى الولد إما الملك أو الحق المستقر فى العين، وإنما قلنا: بأنه ليس لمولى الجناية فى الأمة ملك، ولا حق[1] مستقر، أما الملك فلا إشكال؛ لأن الأمة الجانية بنفس الجناية قبل الدفع لم يصر ملكًا لولى الجناية؛ لأن لصاحب الأمة الخيار بين أن يزيلها عن ملكه بالدفع وبين أن يتشبثها على ملكه بالفداء، فكان بمعنى خيار البائع، وإنه يمنع زوال ملكه، ولهذا نفذ تصرفات المولى بعد الجناية.

وأما الحق المستقر فلأن استقرار الحق فى العين إنما يثبت إذا صار صاحب الرقبة ممنوعًا عن التصرف فى رقبته أو منفعته، ويتعلق حق ولى الجناية بالرقبة، لم يصر المولى ممنوعًا من التصرف، لا فى رقبتها، ولا فى منفعتها، أما فى رقبتها فإنه يملك بيعها وهبتها رضى ولى الجناية بذلك أم سخط، وأما فى منفعتها فلأنه يؤاجرها ويستخدمها، ولا يمنع من ذلك، وإذا لم يصر ممنوعًا من التصرف لا فى رقبتها، ولا فى منفعتها كان حق ولى الجناية فى العين غير مستقر، فلا يسرى إلى الولد، فصار كحق الفقير فى قدر الزكاة بعد حولان الحول لما كان غير مستقر؛ لأنه لم يمنع صاحب المال من التصرف فيه لا رقبة ولا منفعة لم يصر ذلك الحق إلى الولد المتولد من المال الذى وجب فيه الزكاة، وكذا ههنا.

فأما الدين حق مستقر فى الأمة المديونة حتى صار المولى ممنوعًا من بيعها وهبتها، فجاز أن يسرى إلى الولد، وكان كحق الكتابة والتدبير لما كان حقًا مستقرًا فى الرقبة سرى إلى الولد، وكذا حق الأضحية لما كان حقًا مستقرًا فى العين حتى صار ممنوعًا من

---

(١) وكان فى ظ "والحق مستقر".

الانتفاع به من حلبه وجز صوفه، والركوب عليه إن لم يصر ممنوعًا من بيعه، بخلاف القصاص حيث لايسرى إلى الولد؛ لأن المستحق بالقصاص الروح[1] لا الرقبة، والولد يتولد من الرقبة لا من الروح، ولهذا لم يستحق الولد إذا وجب القصاص، وفى بطنها ولد بخلاف الدين، فإنه يتعلق برقبتها، والولد يتولد من الرقبة، فجاز أن يسرى إلى ولدها، ولا يدخل كسبها فى الجناية؛ لأنه لما لم يدخل ولدها تحت جنايتها، فكسبها أولى، ألا ترى أن التدبير والكتابة تسرى إلى الولد، ولا يسرى إلى الكسب، فما لا يسرى إلى الولد لأن لا يسرى إلى الكسب أولى.

وإذا جنى عليها أحد، فأخذ المولى بذلك أرشًا، فإنه يدفعها مع الأرش.

١٩٢٧٧- فرق بين هذا وبين الولد، فإنه لا يدفعها مع الولد، وكما أن الولد حدث بعد الجناية وهو منفصل عنها حالة الدفع، فالأرش كذلك.

ووجه الفرق بينهما وهو أن الأرش إن كان منفصلا عنها من حيث الحقيقة وقت الدفع متصل بها معنى؛ لأن الأرش خلف عن الفائت، فيكون قائمًا مقام الفائت، ولو كان الفائت قائمًا لا شك أنه يجب دفعه مع الأصل، فكذا يجب دفع خلفه.

فأما الولد منفصل عن الأصل حقيقة وحكمًا أما حقيقة فلا إشكال، وأما حكمًا فلأن الولد المنفصل ليس بخلف عما كان متصلا بها قبل الانفصال؛ لأن المنفصل عين ما كان متصلا قبل الانفصال، والشيء لا يجوز أن يكون خلفًا عن عينه ونفسه، وإذا لم يثبت الاتصال وقت الدفع لا حقيقة ولا حكمًا لم يجب دفعه مع الأصل.

قياس مسألة الأرش من مسألتنا أن لو دفعت، وفى بطنها ولد، فلا جرم يستحق الولد معها، وكان كمال الزكاة بعد ما وجبت فيه الزكاة، إذا ولدت ولدًا لا يسرى إلى الولد، ولو قطع شيء منها ووجب البدل، تسرى الزكاة إلى البدل، فكذلك هذا.

هذا إذا قطع طرفًا من أطرافها بعد الجناية حتى وجب الأرش، وقد علم ذلك، فأما إذا قطع طرف من أطرافها قبل الجناية، ثم جنت واختار المولى دفعها، فإنه لا يدفع الأرش معها؛ لأن الأرش لم يكن خلفًا عن فائت تعلق به حق المجنى عليه؛ لأنه حين جنت كان الطرف منفصلا عنها، فتعلق حق ولى الجناية برقبة ناقصة، وإذا لم يكن

---

(١) هكذا فى م، وكان فى غير "الزوج".

الأرش خلفًا عن فائت تعلق به حق المولى لم يجب دفعه مع الأصل بخلاف ما إذا كان القطع بعد الجناية ؛ لأنه تعلق حق ولى الجناية برقبة كاملة ، فكان الأرش خلفًا عما تعلق به حق ولى الجناية ، والخلف قائم مقام الفائت ، ولو كان الفائت قائمًا ، كان يدفعه مع الأصل ، فكذا يدفع الخلف مع الأصل.

١٩٢٧٨ - هذا إذا علم أن الجناية عليها كانت قبل جنايتها أو بعد جنايتها ، وإن كان لا يعلم أن الجناية عليها قبل جنايتها ، أو بعد جنايتها إن تصادقا أن الجناية عليها كانت[١] قبل جنايتها كان الحكم كما تصادقا عليه ؛ لأن الحق بينهما لا يعدوهما[٢] ، فيكون الفائت بينهما بتصادقهما كالفائت معاينة ، فكل جواب عرفته ثمة ، فهو الجواب هنا .

وإن تصادقا ، وقالا : لانعلم أن الجناية عليها قبل جنايتها ، أو بعد جنايتها كيف يصنع بالأرش إذا اختار الدفع ، قالوا : ذكر فى بعض النسخ الوكالة وقال : يكون الأرش بين المولى والمجنى عليه نصفان ؛ لأنه احتمل أن الأرش وجب قبل جنايتها ، فيكون كله للمولى ، واحتمل أن يكون بعد جنايتها ، فيكون كله لولى الجناية متى اختار الدفع ، فإذا تصادقا أنهما لايعلمان جعل بينهما نصفان .

هذا إذا تصادقا على شيء واحد ، وأما إذا اختلفا ، فقال المجنى عليه : إن[٣] الأرش وجب بعد الجناية ، وإنه لى متى اخترت الدفع ، وقال المولى : لا ، بل وجب الأرش قبل جنايتها ، وإنه لى متى اخترت الدفع ، ذكر أن القول قول المولى مع يمينه ، ويكون الأرش له ، إلا أن يقيم المجنى عليه بينة أنه وجب الأرش بعد الجناية ، وكان يجب أن يكون القول قول المجنى عليه ؛ لأن القطع أمر حادث ، والأصل فى الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ، فيجعل القطع حادثا للحال ، وذلك لأن القطع كما هو حادث ، كذلك الجناية حادثة ، فيحكم بحدوثها للحال إذا لم يعرف حدوثها قبل ذلك ، فيتعارض الجنايتان ، فيسقط اعتبارهما ، وتبقى العبرة بعد هذا للدعوى والإنكار ، فولى الجناية يدعى ملك ما فى يد المولى من الأرش والمولى ينكر ، فيكون

(١) هكذا فى الأصل ، وكان فى غيره "كان" مكان "كانت" .

(٢) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل "لايعدو هنا" .

(٣) وفى ظ "لأن" مكان "إن" .

القول قوله.

وإن كانت الجناية عليها بعد جنايتها وأمسكها المولى وفداها، فإنه يستعين بأرش الجناية فى الفداء، وذلك لأن المولى كان مخيراً بين شيئين بين الدفع والفداء، والمخير بين الشيئين متى اختار أحدهما، فإنه يعتبر هو الواجب من الأصل، وقد اختار الدية بالفداء، فتعتبر الدية هى الواجب من الأصل، فبقى الأرش والأمة على ملك المولى، فكان له أن يستعين بذلك فى أداء ما وجب عليه من الأرش.

١٩٢٧٩- وإذا قتل العبد رجلا خطأ، وعليه دين وخير مولاه بين الدفع والفداء، فاختار الفداء لأولياء الجناية، فقد ظهر العبد عن الجناية، بعد هذا يباع العبد للغرماء بدينهم ليصل كل واحد إلى حقه، فأما إذا اختار الدفع ذكر أنه يدفع العبد أولا إلى أولياء الجناية، ثم الغرماء يبيعونه بالدين فى ملك أولياء الجناية إذا لم يقضوا دينه.

فقد بدأ القاضى أولا بالدفع إلى أولياء الجناية ولم يبدأ بالبيع للغرماء، وذلك لأن الأصل أنه متى اجتمع فى العين حقان، وفى البداية بأحدهما توفير الحقين، وفى البداية بالآخر توفير أحدهما وإبطال الآخر، فإنه يبدأ بالحق الذى فيه توفير الحقين؛ لأن الأصل أن الحقوق توفى ما أمكن.

ومتى بدأ القاضى بالدفع إلى أولياء الجناية كان فى ذلك توفير الحقين؛ لأن حق الغرماء فى حق الدين يبقى، وإن زال العبد بالدفع عن ملك مولى العبد؛ لأن العبد إنما زال عن ملك مولاه بالدفع من غير رضا الغرماء، وزوال العبد المديون عن ملك مولاه إلى غيره إذا لم يكن برضا الغرماء، لا يوجب سقوط دينهم، ولا يوجب تاخير دينهم إلى ما بعد العتاق أيضًا، ألا ترى أنهم قالوا: إن مولى العبد المديون إذا مات يصير العبد ميراثًا لورثته، ثم الغرماء يبيعونه بالدين فى ملك الورثة؛ لأن زوال العبد عن ملك المولى إلى ورثته ما كان برضا الغرماء، فكذا هنا، وإذا بقى الدين فى ذمة العبد بعد زوال العبد المأذون[1] عن ملك المولى أمكن للغرماء أن يبيعوه بدينهم، فيكون فى ذلك توفير الحقين.

وإذا باعوه بدينهم فى ملك أولياء الجناية لا يكون لأولياءالجناية أن يرجعوا على

(١) وفى م "المديون" مكان "المأذون".

المولى بشيء؛ لأن حقهم ما ثبت إلا فى عبد مشغول بالدين، وقد سلم لهم ذلك، فدل أن فى البداية بالدفع توفير الحقين، وفى البداية بالبيع للغرماء توفير حق الغرماء، وإبطال حق أولياء الجناية؛ لأنه بالبيع للغرماء ما يزول العبد عن ملك مولى الجانى[١]، وزوال العبد عن ملك مولى الجانى[٢] إلى غيره بالبيع مما يبطل الجناية، وإن حصل البيع بغير رضا أولياء الجناية؛ لأنه لاسبيل إلى تضمين المولى؛ لأن العبد زال عن ملكه لا بصنعه كما لو مات العبد، ولا سبيل إلى اتباع المشترى؛ لأنه لو بقيت الجناية فى ملك المشترى، إذا أخذ منه العبد كان للمشترى أن يرجع بذلك على البائع؛ لأن المبيع استحق من يده، فيوجب ذلك فسخ البيع، وإذا فسخ البيع، بطل حق الغرماء عن المشترى.

وإذا كان كذلك ثبت أن فى البداية بالبيع بدين الغرماء توفير أحد الحقين وإبطال الحق الآخر، وفى البداية بالدفع توفير الحقين، فكانت البداية بالدفع، وفيه توفير الحقين أولى.

١٩٢٨٠- هذا إذا كان الدفع إلى ولى الجناية بقضاء قاضٍ، فأما إذا دفع العبد إلى أولياء الجناية بغير قضاء قاضٍ، وهلك فى يدهم، ذكر أنه لا يضمن قيمة العبد للغرماء، وإنه جواب الاستحسان، والقياس أن يضمن قيمة الغرماء.

وجه القياس فى ذلك ظاهر، وهو أنه بالدفع ملك العبد عن أولياء الجناية من غير رضاء الغرماء، فيضمن قيمته إذا هلك فى أيديهم، كما لو باع منهم. وأما وجه الاستحسان فى ذلك، وهو أن مولى العبد بدفع العبد إلى أولياء الجناية فعل عين ما كان يفعله القاضى لو رفع إليه؛ لأنه لو رفع الأمر إلى القاضى كان يدفع العبد إلى أولياء الجناية، فيجعل فعله كفعل القاضى، ألا ترى أنهم قالوا: فيمن اشترى دارًا بعبد، ولها شفيع، وقبض المشترى الدار، ثم سلمها إلى الشفيع بغير قضاء قاضٍ، ثم وجد بائع الدار بالعبد عيبًا، وردّه على المشترى، وانفسخ البيع، فإن المشترى لا يضمن قيمة الدار للبائع، وإن أتلفها لما ملك الدار من الشفيع حتى لا يسلم[٣] إليه بغير قضاء القاضى؛

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "مولى الجناية".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "مولى الجناية".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "يسلم".

لأنه فعل[1] غير ما كان يفعله القاضى لو رفع إليه، فيجعل فعله كفعل القاضى، كذا هنا بخلاف ما لو باع منهم؛ لأنه لم يفعل عين ما يفعله القاضى لو رفع إليه، فإنه لو رفع إلى القاضى كان لا يبيع العبد من أولياء الجناية، وإنما يدفع إليه بالجناية، فلم يكن أن يجعل فعله كفعل القاضى.

ولو دفعه إلى أهل الدين بدينهم بغير أمر القاضى قبل أن يحضر أهل الجناية، فعليه قيمته لأصحاب الجناية، إن كان لا يعلم بالجناية وقت الدفع، وإن كان عالـمًا بالجناية يصير مختارًا للفداء، وذلك لأنه بالدفع إلى الغرماء بدينهم ملك العبد منهم بغير رضاء أولياء الجناية، فيعتبر بما لو باع منهم بدينه بغير رضاء أولياء الجناية، ولو باع منهم بغير رضاء أولياء الجناية كان يضمن قيمته لأولياء الجناية، فكذلك هذا فرق بين هذا، وبينما لو دفع المولى العبد إلى أولياء الجناية بغير رضاء الغرماء ذكر إنه لا يضمن للغرماء شيئًا، وهنا قال: يضمن قيمته لأولياء الجناية.

ووجه الفرق: بينهما وهو أنه متى دفع العبد إلى أولياء الجناية، فقد فعل عين ما يفعله القاضى لو رفع إليه، فيجعل دفعه كدفع القاضى، فأما هنا لم يفعل بالدفع إلى الغرماء بدينهم عين ما كان يفعله القاضى لو رفع إليه، فإنه لو رفع إليه، كان لا يدفعه إلى الغرماء بدينهم، وإما يدفعه إلى أولياء الجناية، وإذا لم يفعل عين ما يفعله القاضى لو رفع إليه، لا يمكننا أن نجعل فعله كفعل القاضى، فصار ضامنًا -والله أعلم-.

١٩٢٨١- قال: عبد فى يدى رجل أقر عليه بجناية، ثم أقر بعد ذلك أن العبد كان لغيره فى القديم، وإنه لم يملكه قط، فهذا على وجهين: إما أن يكون الملك فى العبد معروفًا أنه للمقر، أو كان مجهولا لا يدرى، وكل وجه من ذلك على وجهين: إما أن يكون أقر بالجناية أولا، ثم بالعبد بعد ذلك، أو أقر بالعبد أولا، ثم أقر بعد ذلك بجناية العبد، فإن كان الملك فى العبد معروفًا أنه للمقر، وقد أقر بالجناية أولا، ثم بالعبد، فالمسألة لا تخلو بعد هذا من ثلاثة أوجه: إما أن يصدقه المقر له فى الملك والجناية جميعًا، أو يكذبه فيهما، أو يصدقه فى الملك، ويكذبه فى الجناية.

فإن صدقه المقر له فى الجناية، والملك جميعًا صح إقرار المقر، ويقال للمقر له:

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "عين ما كان".

ادفع العبد، أو افده بالدية، وذلك لأنه لو امتنع صحة هذا الإقرار إنما يمتنع لحق ولى الجناية فى العبد، ولا وجه إليه؛ لأنه بهذا الإقرار لا يبطل حق ولى الجناية؛ لأن حقه فى الدفع أو الفداء وإنه باقٍ بعد الإقرار حتى صح الإقرار فصح الإقرار، والإقرار متى صح صار الثابت بالإقرار كالثابت بالبينة أو معاينة، ولو ثبت بالبينة الجناية والملك للمقر له لا شك أن المقر له يخاطب بالدفع أو بالفداء، فكذلك هذا، فأما إذا كذبه المقر له فى الجناية والملك جميعًا كان الخصم هو المقر، فيقال للمقر: إما أن تدفع العبد، أو افدهِ، ولا يصير المقر بالإقرار مختارًا للفداء.

وقال زفر رحمه الله: إنه يصير مختارًا للفداء، وذهب فى ذلك إلى أن المقر لما أقر بالعبد لغيره بعد إقراره بالجناية، فقد أزال العبد عن ملكه مع العلم بالجناية إلى المقر له؛ لأن صحة الإقرار لا يقف على تصديق المقر له، ولهذا قالوا: لو مات المقر له قبل التصديق، فإن المقر به يصير ميراثًا لورثة المقر له، فصح أنه أزال البعد عن ملكه إلى ملك المقر له بنفس الإقرار وهو عالم بالجناية، فيصير مختارًا ثم لا يبطل الاختيار، وإن عاد العبد إلى ملكه بالتكذيب كما لو باع المقر العبد من غيره، أو وهبه من غيره وهو عالم بالجناية، حتى صار مختارًا، ثم عاد العبد إلى قديم ملكه بالرد بالعيب، أو بالرجوع بالهبة هناك، لا يبطل الاختيار، فكذا هنا.

وأما علماءنا الثلاثة ذهبوا فى ذلك إلى أن صحة الإقرار إن كان لا يقف على التصديق، فالبطلان يقف على التكذيب حتى إذا اتصل به التكذيب بطل من الأصل، وإذا توقف البطلان على التكذيب فمتى كذبه المقر له فى إقراره بطل الإقرار من الأصل وصار وجود الإقرار وعدمه بمنزلة، وهذا لأن الإقرار إخبار، والإخبار محتمل بين الصدق والكذب، فقبل التكذيب اعتبر صدقًا؛ لأن الظاهر أن العاقل لا يقر على نفسه كاذبًا، وإنما يقر صادقًا وإذا اتّصل به التكذيب اعتبر كذبًا من الأصل؛ لأن العاقل لا يرد الإقرار كاذبًا، وإذا صار كاذبًا من الأصل لا يتعلق به حكم، فظهر أن المقر لم يزل العبد عن ملكه بعد جنايته حتى يصير مختارًا بخلاف ما لو باع أو وهب؛ لأنه تمليك مبتدأ، وإذا كان تمليكًا صار مولى العبد مزيلا ملكه عن العبد مع علمه بالجناية، فصار مختارًا للفداء، وبالعود إلى ملكه بالفسخ لا يبطل ذلك الاختيار إذ لا يظهر أن ملكه لم يكن

زائلا، أما هنا بالتكذيب يظهر أن العبد لم يكن زائلا عن ملكه؛ لأنه يظهر أنه كان كذبًا، فلم يصر مختاراً.

فأما إذا صدقه المقر له فى الملك وكذبه فى الجناية صار المقر مختاراً للفداء، فيلزمه الأرش، ويقضى بالعبد للمقر له، وذلك لأن إقرار ذى اليد بالجناية على العبد قد صح؛ لأن الإقرار بجناية العبد وجد قبل إقراره بالعبد للمقر له، فيصح إقراره؛ لأن العبد ملكه وقت إقراره بجنايته، وإذا أقر بعد ذلك بالعبد لغيره، وصدقه المقر له صار المقر مزيلا العبد عن ملكه إلى المقر له وهو عالم بالجناية، فيصير مختاراً للفداء.

١٩٢٨٢- هذا الذى ذكرنا كله إذا أقر بالجناية أولا ثم بالعبد، فأما إذا أقر بالعبد أولا، ثم أقر بجناية العبد خطأ بعد ذلك، فهذا لا يخلو عن ثلاثة أوجه أيضًا: فإن صدقه المقر له فيهما جميعًا، صار الخصم هو المقر له، فيقال له: ادفعه أو افده، وإن جعل[1] المقر مقرّا بجناية العبد والملك فى العبد لغيره، فيكون مقرّا بجناية عبد الغير؛ لأن الإقرار بجناية عبد الغير صحيح إذا صدقه المقر عليه، وهنا صدقه المقر عليه فصح إقراره بالجناية، وصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة، ولو ثبت ما أقر بالبينة لا شك أنه يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدى، فكذا هذا.

فأما إن كذبه المقر له فى الملك والجناية جميعًا فإنه يقال للمقر: أما إن تفدى أو تدفع، وذلك لأن المقر له لما كذبه فيهما بطل إقراره بالعبد للمقر له من الأصل، فظهر أن الإقرار من المقر بجناية العبد حصل، والعبد فى ملكه، فصح إقراره، فيقال له: إما أن تدفع أو تفدى.

وإن صدقه فى الملك، وكذبه فى الجناية لم يلزم حكم الجناية لا للمقر له ولا للمقر، أما لا يلزم للمقر له؛ لأنه لما صدقه المقر له فى الملك ظهر أن إقراره بالجناية حصل، والعبد فى ملك غيره، وقد كذبه صاحب الملك فيه، فلا يصح إقراره، وأما لا يلزم المقر شىء؛ لأنه لم يقر على نفسه بشىء بخلاف ما لو كان أقر بالجناية أولا، ثم بالعبد؛ لأنه جعل[2] مقرّا بجناية عبد هو ملكه، فصح الإقرار بالجناية، فإذا أقر بالعبد

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى غيرهما "حصل".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "للمقر" مكان "للمقر له".

لغيره، وصدقه المقر له فى الملك صار مزيلا العبد عن ملكه إلى ملك المقر له وهو عالم بالجناية، فيصير مختاراً، كما لو باعه أو وهبه، وهنا الإقرار بالجناية حصل والعبد لغيره، فجعل مقرّا على غيره[١]، والمقر عليه، كذبه، فلم يصح إقراره.

١٩٢٨٣ - هذا الذى ذكرنا كله إذا كان الملك فى العبد معروفًا أنه للمقر، فأما إذا كان مجهولا لايدرى، فههنا على وجهين أيضًا: فإن أقر أولا بالجناية، ثم بالعبد إن صدقه المقر له فيهما يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدى؛ لأن الملك للمقر له، والجناية فى ملكه ثبت بتصادقهما فصار كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة أن الجناية كانت فى ملك المقر له يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدى، فكذا هذا.

وإن كذبه فيهما جميعًا يقال للمقر[٢] له: إما أن تدفع أو تفدى؛ لأن المقر له لما كذبه فى إقراره بطل إقراره من الأصل، وصار وجود إقراره وعدمه بمنزلة، ولو عدم الإقرار والعبد فى يده وقد أقر بجناية، فإنه يقال له: إما أن تدفع أو تفدى، فكذا هذا.

وإن صدقه فى الملك وكذبه فى الجناية، صار العبد للقمر له، ولا يلزم المقر ولا المقر له حكم الجناية، أما لا يلزم المقر له؛ لأنه لو لزمه، لزمه بحكم إقرار المقر، وإقرار الغير على الغير باطل، وكذا لا يلزم المقر شيء وكان يجب أن يصير المقر مختاراً للفداء؛ لأن إقراره بالجناية صح من حيث الظاهر؛ لأن الملك له وقت الإقرار بالجناية بظاهر يده، فإن ظاهر اليد يدل على الملك، فصح إقراره بالجناية من حيث الظاهر كما لو كان ملكه فى العبد معروفًا.

فإذا أقر بالعبد لغيره، وصدقه المقر له، صار المقر له مزيلا العبد عن ملكه بعد ما صح إقراره بالجناية، فيجب أن يصير مختاراً للفداء كما لو كان الملك معروفًا له فى هذا العبد وقت الإقرار بالجناية إلا أن الجواب عنه أن الملك هنا وقت الإقرار بالجناية ثابت له بظاهر اليد، والملك الثابت بظاهر اليد يصلح لإبقاء ما كان ثابتًا، فأما لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا، واختيار الفداء لم يكن ثابتًا فلا يثبت بالملك الثابت بظاهر اليد بخلاف ما إذا كان الملك معروفًا فى العبد؛ لأن الملك المعروف بدليل آخر سوى اليد كما لا يصلح

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "جعل".

(٢) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى غيرهما "حصل".

لإبقاء ما كان ثابتًا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا، ألا ترى أن من اشترى دارًا وبجنبها دار في يد آخر، فأراد ذو اليد أن يأخذ الدار بالشفعة بالملك الثابت له بظاهر اليد لم يقدر، ولو كان الملك له في الدار معروفًا كان له أن يأخذ الدار بالشفعة، فكذا هذا، فهذه المسألة تفارق ما إذا كان ملكه في العبد معروفًا في فصل واحد، فأما في فصلين: فهذه وتلك سواء.

فأما إذا أقر بالملك أولا ثم بالجناية إن صدقه فيهما، يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدي، وذلك لأن الملك الثابت في العبد لو كان معروفًا للمقر لكان المقر له هو المطالب بحكم الجناية إذا صدقه فيهما، فإذا كان مجهولا لا يدري أولى.

وإن كذبه فيهما يقال للمقر: إما أن تدفع أو تفدي؛ لأنه لما كذبه فيهما صار وجود إقراره وعدمه بمنزلة، وإن صدقه في الملك، وكذبه في الجناية لم يكن على واحد منهما شيء؛ لما مر.

وإذا أقر العبد بجناية موجبة للمال، فإنه لا يصح إقراره إذا لم يصدقه المولى في إقراره؛ لأنه يقر على غيره وهو مولاه، فإن الجناية الموجبة للمال من المملوك موجبها الدفع أو الفداء، وإنما يتأدى بما هو مملوك المولى، فيكون العبد مقرًا على المولى، وإقرار الغير على الغير باطل، وكان كالحر إذا أقر بالجناية الخطأ، فإنه لا يصدق في إقراره؛ لأنه يقر على غيره، وهو العاقلة بخلاف ما إذا أقر العبد بالقصاص على نفسه حيث صحّ إقراره؛ لأنه أقر على نفسه، فإن المستحق بالقصاص الدم، والدم بقي على ملك العبد بعد الرق كما قبل الرق، ولم يصر مملوكًا للمولى بدليل أن إقرار المولى عليه بالقصاص لا يصح، ولو صار دمه مملوكًا للمولى صح إقراره، وإذا كان الدم مملوكًا للعبد حصل[1] العبد مقرًا على نفسه، فيصح إقراره، فأما موجب الخطأ المال وذلك الدفع أو الفداء، وكل ذلك يتناول المولى، فجعل[2] مقرًا على المولى لا على نفسه، فلم يصح إقراره، والتاجر في ذلك وغير التاجر سواء؛ لأن الجناية غير داخلة تحت الإذن؛ لأنها ليست بتجارة، وما ليس بتجارة، فالتاجر في ذلك وغير التاجر سواء.

(١) هكذا في "ظ" و"ف" و"م"، وكان في الأصل: جعل.

(٢) هكذا في الأصل و"ظ"، وكان في غيرهما: فحصل.

وهذا بخلاف المكاتب إذا أقر بالجناية خطأ، فإنه يصح إقراره؛ لأن موجب جنايته في كسبه، وإقراره في أكسابه صحيح حتى لو لم يقضِ القاضي بشيء حتى عجز ورد في الرق بطل إقراره؛ لأن حقه في كسبه قد بطل بالعجز، فلو بقي[1] حكم إقراره لزم المولى موجب جنايته بإقراره وإنه لا يجوز -والله أعلم-.

١٩٢٨٤- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": رجل قال لعبده: إن قتلت فلانًا، أو رميته، أو شججته، فأنت حر، ففعل العبد ذلك، فهو حر يصير المولى مختارًا للفداء، وعلى قول زفر رحمه الله: إن المولى عجز عن الدفع بصنع، وجد من المولى قبل جناية العبد، فوجب أن لا يصير بذلك مختارًا قياسًا على ما لو دبر قبل الجناية، وقياسًا على ما لو قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم دخل الدار بعد الجناية والمولى عالم بها، حتى عتق العبد لم يصر المولى مختارًا، وكان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش، فكذا هنا، وإنما قلنا: ذلك لأن العبد عتق باليمين لا بالشرط، واليمين وجد قبل الجناية، ولهذا قالوا فيمن قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال لامرأته: إن أعتقت عبدي، فأنت طالق، فدخل العبد الدار، لا تطلق امرأته؛ لأن إعتاق العبد الذي هو شرط وقوع الطلاق وجد قبل اليمين بالطلاق باعتبار اليمين، والأيمان تقتضي شروطًا في المستقبل لا فيما مضى.

وبمثله لو قال بعد الحلف بالطلاق لعبده: إن دخلت، فأنت حر، فدخل الدار حتى عتق طلقت امرأته؛ لأن إعتاق الذي هو شرط وقوع الطلاق وجد بعد اليمين بالطلاق باعتبار اليمين والشرط جميعًا، ولا يقال: بأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط يجعل كالمرسل، ولو أعتق بعد الجناية وهو عالم بها صار مختارًا، فكذا هذا؛ لأن هذا يشكل بمسألة الدخول، فإنه لم يجعل عند الدخول كأنه أعتق إذ لو اعتبر هكذا صار مختارًا كما لو أعتقه بعد الدخول وهو عالم بالجناية.

وأما علماءنا الثلاثة ذهبوا إلى أن المولى أعتق العبد الجاني بعد الجناية من كل وجه وهو عالم بالجناية، فيصير مختارًا قياسًا على ما لو أنشأ عتقًا بعد الجناية وهو عالم بها،

---

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل و"ف": "فلو بطل"، وفي "م": فلو بطل بالعجز حكم إقراره.

وإنما قلنا : إنه أعتق بعد الجناية من كل وجه ؛ لأنه علق العتق بجناية العبد ، فصار معتقًا له بعد الجناية لامحالة ، وكان هذا بمنزلة من قال لامرأته : إذا مرضت مرضا أموت فيه فأنت طالق ثلاثًا ، ثم مرض مرضا مات فيه صار فارًا كما لو طلقها بعد المرض ؛ لأنه علق الطلاق بالمرض ، فصار مطلقًا لها بعد المرض من كل وجه ، وكذلك إذا قال المولى لعبده : إذا مرضت مرض الموت ، فأنت حر ، ثم مرض مرضًا مات فيه عتق من ثلث ماله كما لو أنشأ العتق بعد المرض بخلاف لو قال قبل الجناية لعبده : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، ثم دخل الدار بعد الجناية ، فإنه لا يصير مختارًا ؛ لأنه لم يصر معتقًا له بعد الجناية من كل وجه ، لأنه علق العتق بالدخول لا بالجناية ، والدخول قد يوجد قبل الجناية وبعدها ، فلم يصر مختارًا بخلاف ما نحن فيه .

قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام في "شرح ديات الأصل" : هذا إذا علق العتق بضرب يوجب المال ، أما إذا علق بضرب يوجب القصاص بأن قال : إن ضربت بالسيف ، فأنت حر ، فإنه لا يلزم المولى شيء لا القيمة ولا الفداء ؛ لأنا نجعل المولى معتقًا له بعد الجناية وهو عالم بها ، إلا أنه لو أعتقه بعد الجناية وهو عالم بها والجناية موجبة للقصاص لا يصير مختارًا للفداء ؛ لأنه لا فداء عليه متى كانت الجناية موجبة للقصاص ، ولا يضمن قيمته ؛ لأنه لم يستهلك حق ولي الجناية بالإعتاق ؛ لأنه حق ولي الجناية في الدم ، والدم باقٍ بعد الإعتاق بخلاف ما لو علق العتق بضرب يوجب المال .

ثم إن محمدًا رحمه الله ذكر في هذا الكتاب الشجة ولم يذكر الموت ، وذكر في كتاب الديات من "الأصل" الشجة والموت جميعًا ، ولا فرق بينهما ؛ لأن نفس الشجة جناية ، فهو أضاف العتق إلى حالة الجناية ، فيكون مختارًا للدية إن مات ، والأرش إن لم يمت .

وذكر في هذا الكتاب الرمي ، ولم يذكر الرمي في ديات "الأصل" ، ولولا هذه الرواية لكان لقائل أن يقول : بأن في الرمي لا يصير مختارًا ؛ لأن نفس الرمي ليس بجناية ؛ لأنه قد لايصيبه ، فلم يضف العتق إلى حالة الجناية ، فينبغي أن لا يصير مختارًا للفداء ، والوجه في ذلك أن يقول : بأن المراد من الرمي المذكور في الكتاب الرمي مع الإصابة ، فإنه قال : رميتك ، وإنه يذكر في الرمي مع الإصابة ، وفي الرمي بلا إصابة

يقال: رمى.

قلنا: والرمى مع الإصابة جناية، فكان مضيفًا العتق إلى ما هو جناية، فيصير مختارًا للفداء لهذا -والله أعلم-.

قال محمد رحمه الله فى الكتاب: رجل قطع يد عبد رجل عمدًا، فأعتقه المولى، ثم مات العبد من ذلك، فإن كان للعبد ورثة غير المولى، فلا قصاص فيه، ولكن ينبغى أن تجب الدية، وإن لم تكن له ورثة غير المولى يقتص منه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وعند[1] محمد رحمه الله: لا قصاص فيه أيضًا، وعلى القاطع أرش اليد، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، ويبطل الفضل.

أما الفصل الأول: وهو ما إذا كان له ورثة سوى المولى إنما امتنع وجوب القصاص لاشتباه الولى، فإن باعتبار ابتداء الجناية يجب القصاص للمولى؛ لأن الجناية وجدت فى ملكه، وباعتبار انتهاء الجناية وهو حالة الموت يجب للورثة؛ لأنه حر فى تلك الحالة، وفى الجنايات قد تعتبر الحالة الأولى، وقد تعتبر الحالة الثانية، وقد تعتبر الحالتان جميعًا، فاشتبه ولى القصاص، وهذا الاشتباه لا يرتفع، وإن اجتمع المولى مع ورثة العبد؛ لأن المستحق مجهول، وإثبات ولاية الاستيفاء للمجهول لا يصح.

وأما الكلام فى الفصل الثانى: محمد رحمه الله يقول: اشتبه سبب الاستحقاق؛ لأن باعتبار ابتداء الجناية سبب الاستحقاق الملك، وباعتبار الانتهاء سبب الاستحقاق، الولا، والعصوبة والحكم لا يثبت بسبب مجهول، فألحق اشتباه سبب الولاية باشتباه المولى، فصار كما لو كان القطع خطأ، وباقى المسألة بحالها لا تجب قيمة النفس، وإنما يجب أرش اليد، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، كذا هذا، هما يقولان: إن المستوفى القصاص هو المولى على كل حال، وهو معلوم، واشتباه السبب لا يمنع الاستحقاق هنا؛ لأنه لا يفضى إلى المنازعة بخلاف جهالة المستحق؛ لأنها مفضية إلى المنازعة.

فالحاصل أن عند اشتباه الولى إجماع أنه لا يجب، وعند اشتباه السبب اختلاف بخلاف ما إذا كان القطع خطأ؛ لأن العتق قاطع سراية الجناية إذا كانت خطأ لتبدل المستحق حال ابتداء جناية المولى، وحال سراية العبد وتبدل المستحق بقطع السراية، أما

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل و"ف" و"م": "قال" مكان "عند".

إذا كان العبد فالعتق لا يمنع السراية ؛ لأنه لا يبدل المستحق ؛ لأن المستحق في الحالين واحد وهو العبد ، وإنه في حق القصاص مبني على أصل الحرية ، وإنما يستوفي المولى بطريق الخلاف عنه ، وإذا لم يكن له وارث آخر لم يتبدل المستوفي ، فلم يتبدل المستحق فيستوفي ، وفي الأصل إذا جرح العبد رجلا جراحة ، ثم إن المجني عليه خاصم المولى ، فخيره القاضي ، فاختار عبده ، وأعطى الأرش ، ثم انتقضت الجراحة ، ومات المجني عليه ، فالقياس أن يكون هذا اختيار منه للدية ، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله الآخر .

وفي الاستحسان : أن لا يكون اختيار للدية ، ويخير المولى خيارًا مستقبلا ، وإن شاء ، دفعه وأخذ ما أعطاه ، وإن شاء فداه ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله ، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا : بالاستحسان ، ثم رجع إلى القياس ، وقال : بأن عليه الدية .

قالوا : وهذا من المسائل التي رجع أبو يوسف رحمه الله فيها من الاستحسان إلى القياس ، وهي ثلاث مسائل : أحدها : هذه ، والثانية : وهو أن الرهن بمهر المثل ، هل يصير رهنًا بالمتعة ، إذا ورد الطلاق قبل الدخول؟ فالقياس أن لا يصير رهنًا بالمتعة محبوسًا به ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ، وفي الاستحسان : يصير رهنًا ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله .

والثالثة : مسألة ذكرها في كتاب الصلاة وغيرها ، وهو أن المصلي إذا تلا آية السجدة في الركعة الأولى وسجدها ، ثم تلا تلك السجدة بعينها في الركعة الثانية ، هل يلزمه أن يسجد آخرى؟ فالقياس أن لا يسجد لها أخرى ، وهو قول أبي يوسف الآخر ، ففي الاستحسان : يسجد لها آخرى ، وهو قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله .

وأما وجه القياس في مسألة الديات وهو قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ظاهر ، وهو أنه اختار أرش الجراحة ، فيكون مختارًا لأرشها ، ولا يحدث ههنا قياسًا على ما لو قال : عفوتك عن الجراحة ، وعما يحدث منها على قولنا ، حتى إذا مات المجروح من ذلك لا يكون على الجارح شيء عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، كذا هذا ، والدليل عليه ما لو أعتق العبد وهو عالم بالجراحة ، ثم انتقضت الجراحة كان مختارًا للدية ؛ لأنه لما أعتق وهو عالم بالجناية اختار أرش الجراحة ، فصار مختارًا لأرش الجراحة

ولما يتولد منها ، كذا هنا .

وأما وجه الاستحسان فى ذلك : أن المولى إنما اختار أرش الجراحة بناء على تخيير القاضى ، فإن محمدًا وضع المسألة فيما إذا خير القاضى المولى ، فاختار أرش الجراحة ، وتخيير القاضى قد بطل لما مات المجروح من الجراحة ؛ لأنه ظهر أنه خيره قبل البرء ، وتخيير القاضى قبل البرء باطل ، وإذا بطل تخيير القاضى بطل اختيار المولى الذى كان بناء عليه ؛ لأن ما ابتنى على شىء يكون تابعًا له ، فإذا بطل الأصل بطل التبع ، وإذا بطل اختيار المولى صار وجود الاختيار وعدمه بمنزلة ، فكأنه لم يخير شيئًا ، ولو لم يكن اختار شيئًا حتى مات العبد ، فإنه يخير إن شاء دفع العبد ، وإن شاء فداه بالدية ، فكذا هذا .

وليس هذا كما لو عفا عن الجراحة ، فإنه يكون عفوًا عنها ، وعما يحدث منها ؛ لأن عفو المجنى عليه هناك ما كان مبنيًا على أمر باطل حتى يقال : إذا بطل المبنى عليه يبطل البناء ، وإنما كان عفوًا مبتدأ عن الجراحة ، والعفو عن الجراحة عفو عنها ، وعما يحدث منها عندنا .

فأما فى مسألتنا هذه تخيير المولى إنما كان بناء على تخيير القاضى ، وقد بطل تخيير القاضى ، فيبطل ما ابتنى عليه قياس مسألتنا من مسألة العفو أن لو قال : اخترت أرش الجراحة ابتداء من غير تخيير القاضى ، وهناك إذا مات المجروح عن الجراحة ، فيصير مختارًا للفداء عند محمد رحمه الله ، وليس كالعتق ؛ وذلك لأن اختيار الأرش ، إنما ثبت بناء على العتق ؛ لأن الاختيار إنما ثبت فى ضمن العتق ، والعتق لم يبطل بموت المجروح ؛ لأن العتق بعد وقوعه مما لا يحتمل النقض ، فلا يبطل ما ابتنى عليه من الاختيار بخلاف ما نحن فيه إلا أن أبا يوسف رحمه الله رجع إلى القياس لقوة وجه القياس ، وذلك لأن اختيار المولى كان بناء على تخيير القاضى إلا أنه لم يبتنِ عليه ؛ لأن اختيار المولى صح من غير تخيير القاضى ، وإذا كان صحيحًا من غير اختيار القاضى ، صار كأنه اختار أرش الجراحة من غير تخيير القاضى ، ولو اختار من غير تخيير القاضى ، ثم مات المجنى عليه ، لم يبطل الاختيار ، كذا هنا .

١٩٢٨٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : أمة مأذونة استدانت ، ثم ولدت يباع الولد معها فى الدين ، ويسرى الدين إلى الولد ، ولو جنت جناية ، ثم ولدت

لا يدفع معها بالجناية، ولا تسرى الجناية إلى الولد، وقد ذكرنا الفرق قبل هذا.

١٩٢٨٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": مكاتب جنى، ثم عجز، وردّ فى الرق، فإنه يخير مولاه بين الدفع والفداء، وقد مرت المسألة أيضًا.

١٩٢٨٧- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": عبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه، فقتل العبد ولدًا لذلك الرجل خطأ، فلا شيء عليه، هذا هو لفظ هذا الكتاب، وفى الأصل يقول: إذا جنى العبد جناية، وأقر ولى الجناية أن العبد حر، وجعل المسألة على ثلاثة أوجه: إما إن أقر ولى الجناية أن العبد حر الأصل، أو أقر أنه حر، أو أقر أن مولاه أعتقه، فإن أقر أنه حر الأصل، فلا ضمان لولى الجناية لا على العبد، ولا على المولى، أما لا ضمان له على المولى لأنه زعم أن وقت الجناية كان حرّا، ولم يكن مملوكًا للمولى، وموجب جناية الحر على غيره حالة الخطأ لا تجب إلا بحكم العقل، فقد أقر ببراءة المولى، وادعى الضمان على العبد وعلى عاقلته، ولم يثبت ما ادعى لما لم يصدقوه فى ذلك، وبقى العبد مملوكًا على حاله؛ لأن إقراره بالحرية حصل وهو أجنبى من العبد، فلم يصح إقراره كمن أقر بحرية عبد الغير من الأصل، وكذبه المولى فى ذلك، فإن العبد يبقى مملوكًا على حاله، فكذلك هذا.

وكذلك الجواب إذا أقر أنه حر؛ لأن الإقرار بحرية مطلقة إقرار بالحرية من الأصل؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والكامل من الحرية أن يكون حر الأصل، فكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب هنا.

فأما إذا أقر أنه أعتقه المولى إن أقر أنه أعتقه قبل الجناية، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أقر أنه حر الأصل؛ لأنه زعم أنه كان حرّا وقت الجناية ولم يكن مملوكًا للمولى.

وإن أقر أنه أعتقه بعد الجناية، فقد أقر ببراءة العبد، وادعى على المولى الفداء، إن ادعى أنه لم يكن عالمًا ادعى على المولى ضمان القيمة، وأنكر المولى ما ادعى عليه من ضمان الفداء أو القيمة، فيكون القول قول المولى مع يمينه، وعلى ولى الجناية إقامة البينة؛ لأنه ادعى عليه دعوى صحيحًا، وفى المسألتين الأولين لا يدعى على المولى ضمانًا، فلايكون بين ولى الجناية وبين المولى خصومة، ويكون العبد رقيقًا على حاله؛ لأنه أقر بحريته والعبد ملك الغير، هذا إذا كان الإقرار من ولى الجناية قبل الدفع، فأما

إذا كان الإقرار من ولى الجناية بعد الدفع إليه إن أقر أنه حر الأصل أو أقر أنه حر لم يكن له على المولى سبيل ولا على العبد، إلا أن العبد يعتق؛ لأن الإقرار بحرية الأصل حصل والعبد فى ملكه، ولا يكون لأحد على العبد ولاء[1]؛ لأن ولى الجناية زعم أنه لا ولاء له، ومولى العبد زعم أن الولاء للمولى إلا أن المولى يبرأ من ذلك.

وإن أقر أنه كان أعتقه قبل الجناية فإنه يحكم بحريته؛ لأنه أقر بحريته والعبد فى ملكه ويكون ولاءه موقوفًا؛ لأنه أقر بولاءه لولى العبد، ومولى العبد يبرأ من ذلك، وأقر بولاءه لولى الجناية، فإنه زعم أنه عتق من جهته، فيكون ولاءه موقوفًا فى هذا الفصل -والله أعلم-.

١٩٢٨٨- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": رجل قال لعبدين له: أحدكما حر، ثم جاء رجل، وشج كل واحد من العبدين شجة، أو قطع يد العبدين، يجب عليه أرشهما للمولى، ويجب أرش الرقيق لا أرش الحر، ولو قتلهما جميعًا يجب قيمة عبد ودية حر، وإن كان القاتل اثنين يجب عليهما قيمة عبدين.

وحاصل هذا الفرق يرجع إلى معرفة صفة البيان فى الإيجاب المبهم، فنقول: صفته أنه إنشاء من وجه إظهار من وجه؛ لأن الإيجاب نازل من وجه دون وجه؛ لأن قوله: أحدكما حر نكرة فى الأصل؛ لأن أحدًا اسم نكرة معرفة باعتبار الإضافة؛ لأنه أضافه إليهما وهما معرفان، والإضافة إلى المعرف معرفة، فكان نكرة من وجه معرفة من وجه، فكان الإيجاب المبهم نازلا من وجه دون وجه، فكان البيان إنشاء من وجه إظهار من وجه، وكل تصرف يبطل به محلية الإنشاء داخل بأحدهما يوجب تعيين الآخر للعتق؛ لأنه لا يتصور البيان بعده بوصفين، بوصف أنه إنشاء، وبوصف أنه إظهار، والمشروع بوصفين لا يقوم بوصف واحد.

وعن هذا قلنا: إنه إذا مات أحدهما، أو باع المولى أحدهما، أو وهب أو تصدق، أو وطئ إحدى الجاريتين بتعين الآخر للمعتق؛ لأن البيان يتصور بعده بوصفين: بوصف أنه إنشاء، وبوصف أنه إظهار، وبقطع اليد والشجة لا يفوت محلية الإنشاء، فلا يتعين أحدهما للعتق، بل يبقى منكرًا، ألا ترى أن بعد هذا القطع يجبر

(١) وفى م "سبيل" مكان "ولاء".

المولى على البيان، وإذا قطع يدهما، فقد قطع عبد كل واحد منهما، وكل واحد منهما عبد بعينه، فيجب قيمة اليدين، ويجب للمولى؛ لأن المعتق ليس بمعين حتى يجب له، وإذا بين العتق، وثبت العتق لا يظهر في حق البيان، فيبقى الأرش سالمًا للمولى، فأما إذا قتلهما جميعًا فبالقتل يفوت محليه البيان فلابد، وأن يتقدم زهوق أحدهما على الآخر، وعند ذلك يتعين الحي للحرية، فصار قاتلا عبداً وحرّاً، فتجب قيمة عبد ودية حر، وإن قتلهما رجلان، وكل واحد قتل شخصًا معينًا، والمعين ليس بحر أصلا، فيجب عليه قيمة العبد -والله أعلم-.

١٩٢٨٩- قال محمد رحمه الله في "الجامع الكبير": وإذا قال الرجل لعبدين له في صحته: أحدكما حر، ثم إن أحدهما قتل رجلا خطأ، فالقاضي يخير المولى على البيان؛ لأن الجناية لم تبطل ملكه ولا خياره، فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الجاني بين الدفع والفداء؛ لأن الجاني صار خالصًا بحكم الجناية، وحكمها التخيير بين الدفع والفداء وإن أوقع العتق على الجاني صار مختارًا للفداء في الجاني؛ لأنه قادر على إيقاع العتق على غير الجاني، فصار بإيقاع العتق على الجاني معجزًا نفسه عن الدفع عن اختيار مع العلم بالجناية، فصار مختارًا للفداء كما لو ثبت العتق في الجاني ابتدأ مع العلم بالجناية.

وفرق بين هذا وبينما إذا باع عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فجنى العبد في يد البائع جناية موجبة للمال في مدة الخيار، بأن قتل رجلا خطأ، فأجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجناية لم يصر مختارًا للفداء وإن أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجناية به.

والفرق وهو أن التصرف المعجز عن الدفع إنما يجعل اختيارًا للفداء إذا صدر التصرف عن اختيار، وهناك البائع غير مختار في الإجازة، بل هو مضطر فيه ليتوصل إلى الثمن متى وجد البيع أنظر في حقه، وكذلك المشتري محتاج إلى رفع العقد بالفسخ ليتخلص عن الحق متى ظهر أن السلعة لا تصلح له، فكان مضطرًا في ذلك، والتصرف الصادر عن اضطرار لايكون دليل اختيار الفداء كما لو أكرهه السلطان على بيع العبد الجاني، أما هنا كان متمكنًا من إيقاع العتق على غير الجاني من غير أن يلحقه ضرر، فصار بإيقاع العتق على الجاني عن اختيار مختار للفداء في الجاني؛ لما مر.

ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلا خطأ بعد العتق المبهم، ثم أوقع المولى العتق على أحدهما بعينه يخير بين الدفع والفداء في العبد الآخر، وعليه قيمة العبد الذي أوقع فيه لولي الجناية يريد به إذا كانت قيمته أقل من الدية، ولم يصر مختاراً للفداء بصرف العتق إلى الجاني بخلاف المسألة الأولى.

والفرق أن في المسألة الأولى قادر على صرف العتق إلى غير الجاني، فصار بصرف العتق إلى الجاني عن اختيار مع العلم بالجناية مختاراً للفداء، أما هنا لا يقدر على صرف العتق إلى غير الجاني؛ لأن كل واحد من العبدين جاني، فكان مضطرّا في صرف العتق إلى الجاني، وهذا لا يصلح دليلا على اختيار الفداء، ومتى لم يصر مختاراً للفداء صار مستهلكًا للعبد؛ لأنه أعجز نفسه عن الدفع على وجه لم يصر مختاراً للفداء فصار مستهلكًا، والاضطرار[1] لايمنع حكم الاستهلاك، فيلزم الأقل من قيمته ومن الدية، كما لو باع المولى العبد الجاني، ولم يعلم بالجناية.

١٩٢٩٠- فرق بين هذا وبينما لو طلق إحدى امرأتيه في صحته ثلاثًا، ثم مرض مرض الموت، فأجبر على البيان، فأوقع ذلك على أحدهما، فإنه يصير فارّا، وإن كان مضطرّا في البيان.

والفرق وهو أن حكم الفرار إنما يثبت باعتبار الظلم بإبطال حق المرأة، وكون الإبطال ظلمًا يعتمد العصمة، وكونه مضطرّا في إبطال حق الغير لا يبطل العصمة، ولهذا المضطر لو أتلف مالا معصومًا للغير ضمنه، فإذا بقيت العصمة بعد الضرورة، كان الإبطال ظلمًا، فثبت حكم الفرار، فأما فيما نحن فيه فلم يوجد منه تصرف العتق إلى هذا العبد الذي أوقع العتق فيه، إلا بتفويت الموجب الأصلي وهو الدفع، وذلك ليس بظلم منه، ووجوب الدية عند اختيار الفداء ليس لكونه ظلمًا بل لاختياره ذلك، والاضطرار مما ينافي الاختيار، فلم يصر مختاراً للفداء.

وكذلك لو كانت جناية أحد العبدين قطع يد وجناية الآخر قتل نفس خطأ كان الجواب كما قلنا؛ لأنه مضطر في صرف العتق إلى الجاني؛ لأنه لا يقدر على أن يصرفه

(١) وفي ظ "الإضرار".

إلى غير الجانى، ولا ينظر إلى الأقل والأكثر هنا؛ لأن الإنسان قد[1] يمنع من اختيار الأرش لأحدهما، وإن كان حقه أقل من حق الآخر لعلمه بخصومته، ولأنه لا يسامحه فى ذلك، وقد يسامحه حتى يكون حقه أكثر، فإذا لم ينظر إلى التفاوت كان هذا وما لو أنفق أرش الجناية على السواء. ولو قال فى صحته لعبدين له قيمة كل واحد منهما ألف: أحدكما حر، ثم قتل أحدهما رجلا خطأ، ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه، وسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته؛ لأن البيان قد فات بموت المولى، والعتق المبهم يشيع بفوت البيان، وللمجنى عليه فى مال المولى قيمة الجانى يريد به، إذا كانت قيمته أقل من الأرش تعتبر من جميع ماله، ولا يصير المولى مختاراً للفداء؛ لأن نزول العتق فى نصف الجانى لشيوع العتق فيهما عند فوت البيان، ليس فى صنع المولى، ولا يتحقق الاختيار بدون صنعه لكن تعذر دفع الجانى بنفوذ العتق فى نصفه، وذلك مضاف إلى الكلام السابق الحاصل منه قبل الجناية، ولهذا اعتبر العتق من جميع المال، فكان الامتناع عن الدفع مضافًا إلى صنعه صنعا لا يصلح دلالة اختيار الفداء لاستحالة أن يصير الكلام الموجود قبل جناية العبد دليل اختيار الفداء، ولما كان امتناع دفع العبد مضافًا إلى صنعه على وجه لم يصر مختاراً للفداء صار مستهلكًا للعبد، فيلزمه حكم الاستهلاك، ويكون ذلك من جميع ماله؛ لأنه لزمه بسبب معاين وجد منه حالة الصحة، ولو لزمه بسبب معاين فى حالة المرض يستوفى من جميع ماله، فهذا أولى.

ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلا خطأ، والمسألة بحالها سعى كل واحد من العبدين فى نصف قيمته، ولكل واحد من المجنى عليه فى مال المولى قيمة العبد الذى جنى عليه، ولم يصر المولى مختاراً للفداء؛ لأن فى هذه المسألة لو أوقع المولى العتق على أحدهما لم يصر المولى مختاراً للفداء لكونه مضطرّا فى ذلك، فلأن لا يصير مختاراً للفداء هنا، وقد شاع العتق بغير فعله كان أولى.

١٩٢٩١ - وهذا الذى ذكرنا كله إذا أوقع المولى العتق المبهم على أحد عبديه قبل الجناية، أما إذا كان إيقاع العتق المبهم بعد الجناية، فقال رجل له عبدان: قيمة كل واحد

(١) وكان فى ظ "قلما" مكان "قد".

منهما ألف، فقتل أحدهما قتيلا خطأ، ثم قال المولى فى صحته: أحدكما حر وهو عالم بالجناية، ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه، وسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته، ويصير المولى مختاراً للفداء فى الجانى؛ لأن المولى عند ترك البيان فى هذه المسألة، صار معتقًا نصف الجانى بإعتاق وجد منه بعد الجناية مع العلم بالجناية، والإعتاق بعد الجناية مما يصلح اختياراً للفداء فصار مختاراً للفداء إذ عتق البعض عتق الكل فى حق اختيار الفداء سواء بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك يصير معتقًا نصف الجانى بإعتاق[1] وجد منه قبل الجناية، وهذا لا يصلح دليل اختيار الفداء، أما هنا بخلافه.

ثم إذا صار مختاراً للفداء، فمقدار القيمة يعتبر من جميع المال؛ لأن هذا القدر كان واجبًا عليه من غير اختياره على وجه لا محيص له عنه؛ لأنه كان يدفعه، أو يفديه لامحالة، فأما الفضل على ذلك إلى كمال الدية، فإنما لزمه باختياره، وهو ترك البيان بغير عوض، فكان بمنزلة التبرع، وقد حصل حالة المرض، فيعتبر من الثلث.

١٩٢٩٢- فرق بين هذا وبينما إذا قال الرجل لغيره فى صحته: ما ذاب لك على فلان، فهو على، ثم ذاب والكفيل مريض، فذاك يعتبر من جميع المال.

والفرق وهو أن الكفالة وإن كان تبرعًا إلا أنها نفذت فى حالة الصحة ولزمت، ولهذا لايقدر الكفيل على إبطالها قبل أن يذوب من غير رضاء المكفول به.

وإذا نفذ هذا التبرع فى حالة الصحة، صار هذا بمنزلة مال واجب فى حال الصحة، فيعتبر من جميع المال، فأما هنا قوله: أحدكما حر مع العلم بالجناية لم يقع اختياراً نافذًا لازمًا، فإن للمولى أن يصرف هذا الكلام إلى غير الجانى، وإنما يصير اختياراً للفداء نافذًا حين أيس عن البيان، وذلك فى آخر جزء من أجزاء حياته، فكان الاختيار منه موجودًا فى حالة المرض، واعتبر من الثلث، فبهذا افترقا.

وإن جنى كل واحد من العبدين جناية وباقى المسألة بحالها، سعيا على الوجه الذى وصفنا، وصار مختاراً للفداء فى الجانبين؛ لأنه صار معتقًا نصف كل واحد منهما بكلام وجد منه بعد جنايتهما مع علمه بجنايتهما، وإعتاق البعض فى حق اختيار الفداء

(١)هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "اعتبار".

بمنزلة إعتاق الكل، ولكن يجب دية واحدة في مال المولى وقيمة أحد العبدين، ويكون ذلك من جميع المال وما زاد على القيمة إلى تمام الدية الأخرى، تعتبر من ثلث المال، وإنما كان هكذا؛ لأنه لما قال في حالة الصحة: أحدكما حر وقد جنى كل واحد من العبدين جناية، صار مختار الجناية أحدهما لامحالة إلى أيهما صرف العتق، ونفذ هذا الاختيار منه في حالة الصحة، وتوقف نفاذ اختياره في حق الآخر، فإذا بلغ آخر جزء من أجزاء حياته، ووقع اليأس عن البيان وصار معتقًا نصف كل واحد منهما لكلام وجد منه بعد الجناية صار مختاراً للفداء في حق الآخر في آخر جزء من أجزاء حياته، فصار متبرعًا بما زاد على القيمة إلى تمام الدية، فيعتبر ذلك من ثلث المال، ثم ما وجب من جميع المال، وما وجب من ثلث المال يكون بين وليي الجناية نصفين، إذ ليس أحدهما أولى من الآخر.

١٩٢٩٣- قال في "الجامع": رجل له عبدان سالم وبديع، فقتل سالم رجلا خطأ في صحة المولى، فقال المولى: أحدكما حر، ثم قتل بديع رجلا آخر في صحة المولى، ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه، وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، ولزم المولى الفداء في قتل سالم؛ لأنه صار معتقًا نصفه عند شيوع العتق فيهما بإعتاق وجد منه بعد جناية سالم مع العلم بالجناية، وهذا منه اختيار للفداء إلا أن قدر قيمة سالم من الدية تعتبر من جميع المال، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية، يعتبر من الثلث؛ لأن ما زاد على قيمة سالم، إنما لزمه باختياره الفداء لترك البيان في آخر جزء من أجزاء حياته، فيعتبر من الثلث، ولم يلزمه الفداء في قتل بديع؛ لأنه أضاف عتق البعض بإعتاق موجود قبل جنايته، وهذا لايصلح لاختيار الفداء على ما مر، لكن عجز عن دفع بديع بحكم شيوع العتق فيهما بإعتاق لايصلح لاختيار الفداء في حق بديع، فيصير به مستهلكًا لبديع، فيجب قيمة بديع، ويعتبر من جميع المال؛ لما مر.

ولو أن المولى لم يمت، ولكن المولى أوقع العتق على سالم، صار مختاراً للفداء في قتل سالم؛ لأن عند البيان صار معتقًا إياه بكلام وجد منه بعد جناية البديع، وهو دليل على اختيار الفداء، وإن أوقع المولى العتق على بديع، فعليه قيمة البديع؛ لأنه لما بين العتق فيه صار معتقًا له لكلام وجد منه قبل جنايته، فلا يجوز أن يصير به مختاراً

للفداء، ولا يصير مختاراً للفداء بالبيان لكونه مضطرّاً في البيان، فإنه لا يتخلّص عن ضمان الجناية إلى أيهما صرفه، وإذا لم يصر مختاراً للفداء في حق بديع، صار مستهلكًا له، فيلزمه قيمته.

١٩٢٩٤- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": عبد لرجل أعتق، فقال لرجل: قتلت أخاك خطأ وأنا عبد، فقال المقر له: لا، بل قتلته وأنت حر، فالقول قول العبد إذا علم أنه كان عبدًا معروفًا فأعتق؛ لأن العبد أقر بقتل مضاف إلى حالة معهودة، وتجب هذه الإضافة إنكار الضمان؛ لأن القتل خطأ في حالة الرق لا يوجب الضمان على العبد بحال من الأحوال، وقول الإنسان مقبول في إنكار الضمان، فكذا في إضافة تحتها إنكار الضمان، وإذا قبل قوله في الإضافة والقتل في تلك الحالة لا توجب الضمان على العبد كان هو بهذه الإضافة منكرًا للضمان، والقول قول المنكر -والله أعلم-.

١٩٢٩٥- قال فيه أيضًا: وإذا أعتق الرجل أمته، ثم قال لها: قطعت يدك، وأنت أمتي، وقالت: لا، بل قطعتها بعد ما أعتقتني، فالقول قولها في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمهاالله، وعلى المولى أرش اليد.

وقال محمد رحمه الله: القول قول المولى، ولا شيء عليه، ذكر المسألة هنا في الأمة.

وفي "الزيادات" ذكرها في العبد، وعلى هذا الاختلاف إذا قال: أخذت منك ألف درهم من كسبك وأنت عبدي، وقال العبد: لا، بل أخذته بعد العتق.

وعلى هذا الاختلاف إذا أسلم الحربي أو صار ذميًا، فقال له رجل مسلم: قطعت يدك وأنت حربي، أو أخذت مالك كذا وكذا فأنت حربي في دار الحرب، فقال الحربي: لا، بل فعلت بعد ما أسلمت، أو قال: بعد ما صرت ذمة في دار الإسلام فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهماالله القول قول الحربي، والمسلم ضامن، وعلى قول محمد وزفر رحمهما الله: القول قول المسلم، ولا ضمان عليه.

وإن أسلم الحربي، فقال لرجل مسلم: قطعت يدك وأنا حربي في دار الحرب، أخذت من مالك كذا، وأنا حربي في دار الحرب، وقال المسلم: فعلت ما فعلت وأنت مسلم في دارالإسلام، ذكر في كتاب الإقرار من "الأصل": أنه على هذا الاختلاف،

وأجمعوا على أن المال لو كان قائمًا فى يد المقر فى هذه المسائل أن القول قول المقر له، ويؤمر المقر بردّ المال عليه.

وأجمعوا على أنه إذا قال للجارية بعد ما أعتقها: وطئتك قبل العتق، وقالت الجارية: لا، بل بعد العتق، أن القول قول المولى، ولا ضمان عليه.

وأجمعوا على أنه إذا قال لعبده بعد ما أعتقه: أخذت منك ضريبة كل شهر عشرة دراهم وأنت عبدى، وقال العبد: أخذت ذلك بعد العتق، فالقول قول المولى، ولا ضمان عليه.

وأجمعوا على أن من أعتق عبدًا له، ثم قال العبد لرجل آخر: قطعت يدك وأنا عبد، وقال ذلك الرجل: لا، بل بعد ما أعتقت، إن القول قول المقر، ولا ضمان عليه، وقدذكرنا هذه المسألة مع الحج فى كتاب الإقرارمن هذا الكتاب -والله أعلم-.

قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": عبد قطع يد رجل عمدًا، فدفع العبد إليه بقضاء، أو بغير قضاء فأعتقه، ثم مات المدفوع إليه من ذلك، فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه رد العبد على مولاه، ويقال للأولياء: إما أن تقتلوه أو تعفوا، وهى[1] مسألة المعروفة.

وذكر فى بعض نسخ هذا الكتاب: هذه المسألة فى صورة أخرى، فقال فى رجل قطع يد رجل عمدًا، فصالح القاطع المقطوعة يدع على عبد فدفعه، وأعتقه المقطوعة يده، ثم مات فى ذلك، فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه رد على مولاه، وقيل للأولياء: إما أن تقتلوا أو تعفوا، فاتفق الجواب واختلف السؤال، وهذه المسألة والأولى حجة على أبى حنيفة رحمه الله فى مسألة العفو عن الشجة.

قال الشيخ الإمام على البزدوى: وقد أجاب بعضهم بأجوبة فاسدة، قال بعضهم: المسألة موضوعة فى الجناية يعنى الصلح وقع عن الجناية، لا عن القطع، وإنما أخذ هذا من قوله العبد صلح بالجناية، والصلح عن الجناية صلح عن موجب القتل كما هو صلح عن موجب القطع كالعفو إلا أن هذا التأويل باطل؛ لأنه لو كان كذلك لصح الصلح، أعتقه، أو لم يعتقه، ولما فصل وقال لأولياء القصاص: إذا لم يعتقه، ولأن هذا

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى ف "و" مكان "أو"، وكان فى الأصل "وهذه المسألة".

التأويل باطل .

وقال بعضهم : إن هذا صلح فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله ، فأوجب الملك ، فصح إعتاقه ، وهذا فاسد أيضًا ؛ لأن هذا الصلح باطل أصلا عنده ؛ لأنه لو كان موجبًا فاسدًا للملك وجب على المعتق قيمة العبد الذى أعتقه ردا للفساد ، وأوجب على الآخر الدية ، ولكان إذا لم يعتقه رد العبد[1] ، ولا يجب القصاص ؛ لأنه لا بد للفاسد من أن يصير شبهة .

والجواب الصحيح أن يقول : بأن الدفع فى المسألة الأولى باطل عند أبى حنيفة رحمه الله ؛ لأنه دفع بالقطع الذى كان موجبه الدية أعنى به دية العبد ؛ لأن طرف العبد لا يقطع بطرف الحر ، ولا بطرف العبد عندنا ، ولما سرى إلى النفس ومات ظهر أن القطع السابق كان قتلا ولم يكن قطعًا ، فظهر أن دية العبد لم يكن واجبة ، وظهر أن الدفع كان باطلا ، لكن المقطوعة يده إذا أعتقه مع علمه أنه إذا سرى بطل الدفع ، وبطل إعتاقه ، كان ذلك دلالة على ابتداء الصلح عن رقبة العبد بما يحدث تصحيحًا ؛ لما قصده وتحقيقًا له ، ؛ لأن الظاهر أن العاقل يقصد بكلامه الصحة ، فيجب حمله على الصحة ما أمكن ، والإمكان ثابت من هذا الوجه ، فإنه لو نص على هذا صح إذا رضى المولى ، والمولى راضٍ دلالة ؛ لأنه لما رضى بدفع هذا القدر من المال بدلا عن القليل ، ففى كثير أولى ، فيجعل الإعتاق دلالة على ابتداء الصلح من هذا الوجه ، فإذا عدم عدمت هذه الدلالة ، فهذا معنى قول محمد رحمه الله : إن العبد صلح بالجناية ، وكذلك فى المسألة الثانية إن أعتقه كان دلالة على ابتداء الصلح ، والجانى راضٍ بذلك دلالة من الوجه الذى مرّ ، فالعقد صلح مبتدأ ، فإذا عدم هذا ، فقد عدمت الدلالة .

فإن قيل : الدفع فى المسألة الأولى والصلح فى المسألة الثانية إن بطل بالسراية بظاهره وصورته ، لم يورث شبهة فى القصاص حتى يمنع القصاص .

قلنا : الدفع ليس بتصرف مبتدأ ، بل هو تسليم للواجب ، فإذا بطل الواجب بطل التسليم ضرورة ، فلا يبقى ما يورث شبهة ، وأما فى مسألة الصلح فقال بعض مشايخنا : لايعرف لهذا تأويلا إلا أن يجعل جواب هذا الكتاب على القياس على قول أبى حنيفة

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل "رد العبد صحيح" .

رحمه الله : إنه يجب القصاص .

وفى الاستحسان : يجب الدية كما قال فيمن له القصاص فى الطرف : إذا عفا عن اليد ، ثم مات من ذلك ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : يجب على القاتل القصاص قياسًا لا يعتبر العفو مورثًا للشبهة ، وفى الاستحسان : تجب الدية دون القصاص يعتبر العفو مورثًا للشبهة ، ففى الصلح يجب أن يكون كذلك ، إذ لا يعرف بينهما فرق .

ومنهم من قال : هذا الصلح لا يورث شبهة عنده ، بخلاف ما إذا وقع العفو عن العبد ، ثم سرى .

والفرق أن هناك الحق كان ثابتًا فى اليد من حيث الظاهر ، فصح عفوه من حيث الظاهر ، فبعد ذلك وإن بطل حكمًا يبقى موجودًا حقيقة ، ووجوده يكفى لمنع وجوب القصاص ؛ لأنه عقوبة ، والعقوبات يمتنع وجوبها لوجود صورة العفو ، أما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث يصالح عنها على مال ، وإذا كان الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها لايمنع وجوب العقوبة ، فيجب القصاص -والله أعلم- .

١٩٢٩٦- وقال محمد رحمه الله فى الكتاب : فى مكاتب يقتل عبده عمدًا لا قود فيه ، وفى المسألة عبارتان يقتل عبده ، ويقتل عبده ، وأما فى الأولى : إنه لا قود فيه ؛ لأن للمكاتب ملك فى كسبه فى حق كل تصرف يحتاج المكاتب إليه ليؤدى بدل الكتابة فيعتق ، ولو كان مملوكًا له من كل وجه لا يجب القصاص عليه بقتل ، فكذا إذا كان مملوكًا له من وجه لحقوقه بالثابت من كل وجه فى باب العقوبات ، هذا إذا قتل المكاتب عبدًا من كسبه ، وكذلك إذا قتل غير المكاتب عبدًا لمكاتب عمدًا لا قود فيه ؛ لأن العبد المقتول من كسب المكاتب مملوك المكاتب من وجه ، ومملوك المولى من وجه حتى لو تزوج المولى أمة من كسب المكاتب لا يجوز ، كالمكاتب ولو تزوج والملك من وجه لا يكفى لثبوت ولاية القصاص ، فلا تثبت ولاية الاستيفاء لا للمكاتب ولا للمولى .

وإن أجمعا عليه لا يملكان أيضًا ؛ لأنه اشتبه المولى ؛ لأنه لا يدرى أن المولى من هو منهما ، وقد نص فى كتاب العتاق فى عبد المكاتب ، أو ابنه يقتل أنه لا قصاص عليه ، وعلل فقال : فإنى لا أدرى أنه للمولى ، أو للمكاتب بيانه ما ذكرنا .

أو نقول : بعبارة أخرى ، فالعبد فى الابتداء ملك المكاتب ، وهو أحق به ليقدر

على أداء بدل الكتابة لحاجته إلى ذلك، ومع هذا للمولى فيه ضرب حق على خلاف القياس، والقياس أن لا يكون له حق[1] إذا لم يكن فاضلا عن حاجة العبد، إذ حاجة العبد معتبرة، وفى الانتهاء صار ملك المولى من وقت وجود الكسب؛ لأن كان ثابتًا فى الكسب بطريق الضرورة مع قيام المنافى وهو الرق والعبودية، فكان عدمًا فيما وراء الضرور، فإذا قتل العبد عمدًا، وموجبه القود خرج العبد من أن يكون صالحا لأداء البدل، فظهر أن الملك لم يكن ثابتًا للمكاتب فيه؛ لأنه ظهر أن لا تندفع به حاجته إلا أنه لا يعرف هذا إلا باتصال الموت، فسميناه ثابتًا بطريق الاستناد كمرض الموت، فهذا بيان قولنا: إنه فى الابتداء ملك المكاتب والانتهاء ملك المولى، فإن اعتبرنا الابتداء تكون الولاية للمكاتب، وإن اعتبرنا الانتهاء تكون الولاية للمولى، فإن اعتبرنا كليهما تكون الولاية لواحد منهما، ولا يدرى أن العبرة فى هذا الباب للابتداء أو للانتهاء أم لهما جميعًا، فاشتبه الولى من هذا الوجه، فلا يمكن إثبات الولاية لا لواحد منهما ولا لهما.

وأما إذا قتل ابنه عمدًا فلا قصاص فيه أيضًا، وإن اجتمعا عليه؛ لأن ابن المكاتب ملك المولى، ويكون فى معنى العبد مكاتبًا للمولى، فهو ملك الأب فى حق المكاسب[2] حتى يكون أكساب الابن للأب لا للمولى، فنزل المكاتب فى نظيره العبد المرهون إذا قتل، فلا قصاص فيه وإن اجتمع الراهن والمرتهن؛ لأنه فى الابتداء ملك الراهن، لكنه متى قتل، ووجب به القصاص صار تاويًا، وصار للمرتهن؛ لأنه صار مستوفيًا للدين حقيقة إذا اتصل به الهلاك عندنا، فصار ولى القصاص مشتبهًا، ونظيره ما ذكرنا فى مسألة العبد قبل هذا.

ونظيره العبد المبيع إذا قتل بعض القبض، فقد روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا قصاص فيه على القاتل، سواء أجازه المشترى أو نقضه؛ لأن الملك فى الابتداء كان للمشترى، وللبائع يد ملك كالراهن، وبالقتل بطل ملك المشترى من الأصل، وصار للبائع، فاشتبه المولى.

وقد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله: أن المشترى إذا أجازه، فله أن

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "أن يكون له حق".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم، "المكاتب".

يستوفى القصاص إذا أدى الثمن ؛ لما عرف أنه ليس للبائع يد مستحقة بخلاف الرهن ، وإن فسخ البيع ، فللبائع أن يستوفى القصاص إن شاء ؛ لأن العقد انفسخ من الأصل ، فصار كأن لم يكن ، ولهذا كان الزوائد للبائع .

ونظيره رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى المضارب بها عبدًا يساوى ألفى درهم ، فقتل عمدًا ، فلا قصاص فيه ؛ لأنه مشترك فى الابتداء ، وفى الانتهاء يبطل حق المضارب إذا لم يخلص رأس المال .

ولو اشترى ببعض الألف عبدًا يساوى ألفًا ، ورأس المال ألف ، فقتل عمدًا ، فلا قصاص فيه ؛ لأنه فى الحقيقة ملك رب المال ، وفى التقدير للمضارب فيه حق الملك .

وذكر فى "الزيادات" : فى رجل كفل العبد الذى ادعاه رجل ، وجحد المدعى عليه ، وأقام البينة ، وقد أبق العبد ، فقضى القاضى له بالضمان ، وقد كفل بغير أمر الأصيل ، فقبل أن يقبض الطالب شيئًا ، قتل العبد عمدًا ، ثم إن الطالب ضمن أحدهما حتى صار العبد ملكًا للضامن من وقت سبب الضمان ، ولم يجب[1] القصاص فيه ؛ لأن العبد فى الابتداء كان ملكًا لهما لكونهما سواء عند التعارض ، ثم تعين لأحدهما فى الانتهاء ، فاشتبه ولى القود .

وذكر فى كتاب الوصايا : فى العبد الموصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر قتل عمدًا أنه لا قصاص فيه إلا أن يجتمعا ، فيقتص لهما بخلاف ما أحصينا من المسائل ؛ لأن القصاص لمالك الرقبة لا لمالك الخدمة ، فكان الولى متعينًا وهو الموصى له بالرقبة إلا أن صاحب الخدمة يتضرر به ؛ لأنه ينتفع بالمال إذا اصطلحوا ، فشرط رضاه لهذا ، فإذا اجتمعا ، فقد وجد الرضا فيملك صاحب الرقبة الاستيفا ، فأما فيما سبق فالولى مشتبه فى الأصل .

١٩٢٩٧- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : عبد أذن له فى التجارة ، فلحقه دين ألف درهم ، ثم إنه جنى جناية خطأ ، ثم أعتقه مولاه ، فهذا على وجهين : إما إن علم المولى بالجناية ، أو لم يعلم ، فإن علم ، فعليه الأرش لأصحاب الجناية ، وعليه قيمة العبد للغرماء ، وذلك لأنا نعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد ، ولو كان على

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل "لم يحول" مكان "لم يجب" .

العبد جناية لا غير، وأعتقه المولى وهو عالم بالجناية، فإنه يصير مختاراً للفداء على ما مر، فكذا حالة الاجتماع، وفي الدين يعتبر أيضًا حالة الاجتماع بحالة الانفراد إلا أن المولى لو أعتق عبده، وعليه دين وهو عالم به، فإنه يضمن قيمته، ولا يلزم قضاء الدين، فكذا حالة الاجتماع، وإن كان لا يعلم بالدين والجناية جميعًا، فأعتقه المولى كان عليه قيمتان: قيمة لأصحاب الجناية، وقيمة للغرماء، وذلك لأنه بالإعتاق أتلف حقين حقًا على ولي الجناية، وهو حق الدفع، فإنه كان للمولى أن يدفع، وقد أبطل حق الدفع على ولي الجناية بالإعتاق؛ لأنه بعد الإعتاق لا يمكنه الدفع، وأبطل على الغرماء حق البيع، فإنه يثبت للغرماء حق أن يبيعوا العبد، ويأخذوا دينهم من ثمنه، وبالإعتاق أبطل هذا الحق على الغرماء، فصار ضامنًا لكل واحد منهما قيمة العبد؛ لأن الحق في إيجاب الضمان معتبرة بالحقيقة.

فإن قيل: لا يجوز أن يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة؛ لأن المولى لا يكون أشقى حالا من الأجنبي، ولو قتله أجنبي خطأ ضمن قيمة واحدة، وإن أبطل حقين حق الدفع على أولياء الجناية، وحق البيع على الغرماء؛ لأن المتلف رقبة واحدة، وإن تعلق به حقان، فكذا هذا.

قلنا: الأجنبي إنما ضمن قيمة واحدة؛ لأن الأجنبي ضمن ملك الرقبة للمولى؛ لأن ملك الرقبة في العبد كان للمولى لا للأجنبي، ويجوز أن يضمن الإنسان لغيره، وإذا ضمن ملك الرقبة للمولى في هذا العبد لم يجز أن يضمن الحق فيه لصاحب الحق؛ لأن الحق في الرقبة ثبت تبعًا للملك، ؛ لأن قيام الحق يملك الرقبة في العبد، وقيام ملك الرقبة ما كان بالحق، فإذا ضمن ما هو الأصل لم يجز أن يضمن التبع كمن ضمن دية النفس لا يضمن الأطراف؛ لأن الأطراف كان تبعًا للنفس، فأما المولى إذا أعتق لم يضمن ملك الرقبة؛ لأن ملك الرقبة في هذا العبد للمولى، فلو ضمن ملك الرقبة، فإنما يضمن لنفسه، ولا يجوز أن يضمن الإنسان لنفسه شيئًا، وإذا لم يضمن ملك الرقبة، ضمن ما في الرقبة من الحق، وقد أتلف حقين، فلزمه حقان[1] كما لو أتلف عبدين.

ثم إنما يضمن قيمة العبد لأصحاب الجناية إذا كانت القيمة أقل من الأرش، فأما

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم "قيمتان".

إذا كان الأرش أقل من القيمة ، فإنه يتخلص عنه بدفع الأرش ؛ لأنه كان يتخلص بدفع الأرش حال قيامه ؛ لأن حال المملوك فى الجناية لا يكون أعلى حالا من حال الحر ، فكذا بعد عتق العبد ، يتخلص عن جنايته بدفع الأرش .

ثم القاتل إذا كان أجنبيًا وغرم قيمة واحدة ، فالغريم أحق بتلك القيمة ؛ لأن القيمة مالية العبد ، والغرم مقدرعلى الأولياء فى ذلك ؛ لأن الواجب أن يدفع العبد إلى أولياء الجناية ، ثم يباع عليهم حقا للغرماء ، فإذا تقدموا فى المالية وجب تسليم القيمة إليهم بخلاف ما إذا كان العبد قائمًا لم يعتقه المولى حيث يدفع إلى أولياء الجناية ، ثم يخيرون بين تسليم العبد وبين قضاء الدين ؛ لأن دفع العبد إليهم ، ثم تخييرهم بين البيع والقضاء مفيد ؛ لأنه ربما يكون له عوضًا فى البيع دون القضاء ، أو فى القضاء دون البيع ، فأما التخيير بين قضاء الدين وهو ألف وبين تسليم قيمة العبد وهو ألف غير مفيد ، فلا فائدة فى دفع القيمة إلى أولياء الجناية ، ثم التخيير بين القضاء وتسليم القيمة ، فلهذا كان الغريم أحق بتلك القيمة ، فلهذا افترقا .

١٩٢٩٨- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : عبد لرجل قتل رجلين عمدًا لكل واحد وليان ، فعفا أحد وليَى الجناية من كل واحد منهما معًا ، قال : يقال للمولى : ادفع نصفه إلى من بقى ، أو افدهِ بعشرة آلاف درهم ؛ لأنهما لما عفوا معًا ، فقد بطل حق الباقين عن القصاص ، وصار كأن القتل كان خطأ ، ولو كان هكذا كان حق كل واحد من الأولياء فى ربع العبد ، أو فى نصف الدية ، فكذا هنا ، فيدفع إلى كل واحد من الباقين ربع العبد ، أو نصف الدية من هذا الوجه ، فيصير جملة ما يدفع إليهم نصف العبد أو عشرة آلاف درهم كل خمسة آلاف درهم نصف الدية .

١٩٢٩٩- قال فى "الأصل" : وإذا قتل العبد قتيلا له وليان ، فعفا أحدهما ، فإنه يقال للمولى : إما أن تدفع نصف العبد إلى الساكت ، أو افدهِ بنصف الدية ، ولا شيء للعافى ، وذلك لأن وليى القتيل لو عفَوا جميعًا ظهر العبد عن الجناية ، ولم يكن لهما شيء ، ولو لم يعفُوا جميعًا كان يقال للمولى : إما أن تدفع العبد إليهما ، فيكون بينهما ، أو تفدهما بالدية ، فيكون بينهما لكل واحد منهما نصف الدية ، وإذا عفا أحدهما ، ولم يعفُ الآخر كان لكل واحد منهما حكم نفسه ، فلا يكون للعافى شيء ويكون للساكت

نصف العبد أو نصف الدية، والخيار فى ذلك إلى المولى.

فرقوا بين هذا وبينما إذا قتل العبد قتيلين ولكل واحد منهما ولى، فعفا أحدهما، فإن المولى يخير بين دفع جميع العبد إلى الثانى وبين الفداء بجميع الدية، وهنا قال: يخير بين أن يدفع نصف العبد إلى الثانى، أو يفديه بنصف الدية، وإنما كان كذلك؛ لأن المقتول متى كان اثنان فقد استحق كل واحد من وليى القتيل جميع العبد بكماله، ألا ترى لو اختار الفداء فإنه يفدى كل واحد من وليَى القتيلين بجميع الدية، وإنما رجع حق كل واحد منهما إلى النصف للمزاحمة، فإذا زال مزاحمة الآخر بالعفو، كان للثانى جميع العبد هذا، كما قالوا: فيمن أوصى بعبده لرجل، ثم لآخر، ثم رد أحدهما الوصية كان جميع العبد للآخر، وكدار لها شفيعان سلم أحدهما الشفعة قبل أن يقضى بالدار بينهما كان للآخر جميع الدار.

فأما إذا كان المقتول واحدًا، فقد صار جميع العبد حقًا للمقتول بكماله أو الدية، فإذا مات، واختار المولى الدفع صار العبد ميراثًا بين الوليين نصفين على الشركة، فإذا عفا أحدهما بقى حق الآخر فى النصف كمن أوصى بعبده لرجلين، ثم رد أحدهما للآخر النصف، فكذا هذا، وكما فى مسألة الشفعة إذا سلم أحدهما بعد ما قضى القاضى بالدار بينهما -والله أعلم-.

١٩٣٠٠- ولو قتل قتيلا، وفقأ عين آخر، فهذا على وجهين: إما أن يكون ذلك عمدًا أو خطأ، فإن كان عمدًا، قيل للمولى: ادفعه إن شئت إلى المفقوءة عينه وإن شئت فافده؛ لأن لا قصاص بين العبد والحر فيما دون النفس عمدًا كان أو خطأ، فإذا اختار الفداء فدى المفقوءة عينه بخمسة آلاف، وظهر[1] العبد عن الجناية، فيقتل العبد لولى القتيل، وإن اختار الدفع جاء أولياء المقتول وقتلوا العبد ثم المفقوءة عينه لا يرجع على المولى بشىء؛ لأن العبد وإن استحق من يد ولى الجناية إلا أنه إنما يستحق لا بصنع وجد من جهة المولى، فلا يضمن المولى شيئًا كالمأذون إذا لحقه دين، ثم جنى جناية ودفع المولى العبد إلى ولى الجناية، ثم جاء الغرماء، وباعوا العبد بدينهم، فولى القتيل لا يرجع على المولى بشىء، وإن استحق العبد من يد ولى القتيل؛ لأنه استحق من يده

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "طهر".

لابصنع وجد من جهة المولى، فكذا هذا.

١٩٣٠١- هذا إذا كان عمداً، وإن كان القتل خطأ، فإن المولى يخير بين الدفع والفداء لهما، فإن اختار الفداء، فدى العبد بخمسة عشر ألفًا، عشرة آلاف لولى القتيل؛ لأن حقه فى النفس، وقيمة النفس عشرة آلاف، وخمسمائة آلاف للمفقوءة عينه؛ لأن العين من الآدمى نصفه، وإن اختار الدفع كان العبد بينهما أثلاثًا، ثلثاه لولى القتيل وثلثه للمفقوءة عينه، وذلك لأن العبد صار مستحقًا لولى القتيل بإزاء النفس، وللمفقوءة عينه بإزاء العين، وقيمة النفس عشرة آلاف وقيمة العين خمسة آلاف، فيكون العبد مقسومًا بينهما على قدر حقهما، وحق ولى القتيل عشرة آلاف، وحق صاحب العين خمسة آلاف بينهما، فاجعل خمسة آلاف سهمًا واحدًا، فصار عشرة آلاف سهمين، فصار العبد مقسومًا بينهما أثلاثًا، ثلثاه لولى القتيل وثلثه للمفقوءة عينه -والله أعلم-.

١٩٣٠٢- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى عبد لرجل فقأ رجل عينه، فإن شاء المولى أخذ من الفاقئ قيمة العبد، وأعطاه العبد، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن شاء أخذ قيمته وأعطاه رقبته وإن شاء، أمسكه وضمنه ما نقصه، فأبو حنيفة رحمه الله يقول: إن الجناية على أطراف العبد ملحقة بالجناية على الأحرار فى حق المقدار إن كانت ملحقة بالجناية على المال فى حق أحكام أخر، ألا ترى أنه لو فقأ عين واحد يضمن نصف قيمة المفقوءة عينه، ولا يعتبر النقصان حتى لو قال مولى المفقوءة عينه لمولى الجانى: أنا أريد النقصان ليس له ذلك، وإن كان اعتبار النقصان يفيده بأن كان يزيد قدر النقصان على نصف قيمة العبد، فكذا فى فقء العينين يجب أن يعتبر المقدار، ويسقط النقصان كما فى حق الحر، وإذا سقط اعتبار النقصان يجب جميع القيمة، وإنه يتضمن زوال الرقبة عن ملك المولى كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد.

فإن قيل: اعتبار النقصان وإلغاء المقدار فى فقء عينى المملوك جائز بعذر، فإن من فقأ عينى مدبر إنسان، أو فقأ عينى مكاتب إنسان، كان للمولى أن يمسك الجثة، ويضمنه النقصان، فقد اعتبرنا النقصان، وألغينا المقدار، إنما فعلنا هكذا لعذر لاحَ، وهو أن المدبر

والمكاتب لا يقبلان النقل، فلو اعتبرنا المقدار دون النقصان تجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد، فلهذا العذر اعتبرنا النقصان دون المقدار، وكذلك البائع إذا فقأ عينى المبيع قبل القبض يعتبر النقصان، ولا يعتبر المقدار، وإنما لا يعتبر المقدار لعذر وهو أن لا يؤدى إلى أمر غير مشروع، فإنه لو اعتبر المقدار يسقط جميع الثمن كما يسقط نصف الثمن إذا فقأ عينًا واحدًا، فيؤدى إلى انفساخ العقد فى جميع العبد مع بقاء شىء منه، فإنه لا يجوز، والعذر هنا وهو كلاهما[1] فى المسألة أن لا تزول الجثة عن ملك المولى من غير رضاه، ولا يلزم إذا فقأ عينًا واحدًا؛ لأنا وجدنا موضعًا ورد الشرع باعتبار النقصان، وإلغاء المقدار فى فقوء عينى المملوك بعذر، فقسمنا المتنازع فيه على ذلك الموضع لما تحقق العذر، وأما لم يوجد[2] موضعًا ورد الشرع باعتبار النقصان، وإلغاء المقدار فى عين واحد والفارق بين الصورتين ظاهر، وهو أن فى اعتبار النقصان فى فقأ عين واحد إيجاب الزيادة على نصف القيمة من وجه بغير رضاء الجانى عسى بأن يزداد النقصان على نصف القيمة، وهذا مما لا وجه له، فأما ليس فى اعتبار النقصان فى فقوء العينين[3] إيجاب زيادة على القيمة بغير رضاء الجانى بوجه ما؛ لأن ضمان النقصان لا يبلغ جميع القيمة، فكيف يبلغ أكثر منه، وإذا كان ضمان النقصان دون القيمة، كان اعتبار ضمان النقصان إبراء عن ضمان بعض القيمة، وإنه جائز.

والجواب لأبى حنيفة رحمه الله: أن ما ذكرتم يشكل بفقوء عين واحد، فإن هناك لم يجز اعتبار النقصان وإلغاء المقدار، وإن كان فى اعتبار المقدار إزالة ملك المجنى عليه من البعض بغير عوض، بأن كان قيمة الفاقئ بعد فقوء عين واحد ربع قيمة العبد لا النصف، ولم يصر ذلك عذرًا فى إلغاء المقدار فلأن لا يعتبر زوال الجثة هنا عذرًا فى إبطال المقدار، والجثة تزول بكمالها بعوض أولى.

وأما فصل المدبر والمكاتب قلنا: القياس ثمة أن لا يعتبر النقصان حتى لا يبطل

---

(١) هكذا فى ظ وم والأصل، وكان فى ف "كلامهما".

(٢) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ "لم يجد".

(٣) وفى ظ "العين".

التقدير الثابت شرعًا إلا أنا تركنا القياس ثمة، واعتبر[١] النقصان ثمة من حيث إنه جناية على المال؛ لأن اعتبار المقدار هناك يؤدى إلى أمر غير مشروع، وهو أن يسلم المولى المدبر جميع قيمته مع بقاء شيء من المدبر على ملكه، وكذا فى فصل البائع، فأما هنا لو اعتبرنا المقدار، وأوجبنا جميع القيمة، فليس فيه إلا إزالة الجثة عن ملكه ببدل بغير رضاه، وهذا جائز فى الجملة بعذر كما فى المضطر إذا أكل طعام الغير، وكما فى استيلاء أحد الشريكين الجارية المشتركة، وقد تحقق العذر هنا، وهو أن لا يبطل التدبير[٢] الثابت شرعًا -والله أعلم-.

١٩٣٠٣- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": عبد لرجل قتل رجلا عمدًا، وقتل آخر خطأ، ولصاحب العمد وليان، فعفا أحدهما، قال: إن أفداه المولى، فداه بخمسة عشر ألفًا خمسة آلاف لولى العمد الذى لم يعف، وعشرة آلاف لولى الخطأ، وإن دفع العبد إليهما دفعه أثلاثًا: الثلث لولى العمد الذى لم يعفُ، والثلثان لولى الخطأ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يدفعه إليهما أرباعًا، فوجه قولهما: إن حق الذى لم يعفُ من ولى العمد فى نصف العبد لا غير، وحق ولى الخطأ فى كل العبد، فولى الخطأ يأخذ أحد النصفين بلا منازعة، والنصف الآخر استوت منازعتهما فيه، فيقسم بينهما نصفان، فيصير لولى الخطأ ثلاثة أرباع العبد، والذى لم يعفُ ربعه.

ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله: إن حق الذى لم يعفُ من ولى العمد فى نصف العبد، وحق ولى الخطأ فى كل العبد، فيجعل كل نصف سهمًا، فصار حق ولى الخطأ فى سهمين، وحق الذى لم يعف من ولى العمد فى سهم، فيقسم بينهما أثلاثًا.

فالحاصل أن القسمة على قول أبى حنيفة رحمه الله بطريق العول، وعندهما بطريق المنازعة.

وفى الكتب[٣] اثنتا عشرة مسألة من هذا النوع فى ثلاث منها اختلفوا على هذا

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "اعتبرنا".

(٢) وفى ظ "التقدير".

(٣) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "الكتاب".

الوجه : إحداها : هذه .

والثانية : ذكرها فى الديات وهو أن مدبرًا قتل رجلا خطأ ، وقتل آخرًا عمدًا ، وللمقتول عمدًا وليان ، فعفا أحد ولى العمد ، وغرم المولى قيمته للذى لم يعفُ من ولى العمد ، وولى الخطأ كيف يقسم بينهما ، عنده على طريق العول ، وعندهما على طريق المنازعة .

والثالثة : ذكرها فى المأذون وهو أن العبد المأذون إذا كان بين رجلين ، فأدانه أحد المولبين مائة درهم ، وأدانه أجنبى مائة درهم ، ثم بيع العبد بمائة ، فإن الثمن عنده يقسم على طريق العول ، وعندهما يقسم على طريق المنازعة .

وثلاث اختلفوا على القلب من هذا إحداهما دار تنازع فيها رجلان أحدهما يدعى جميعها ، والآخر يدعى نصفها ، والدار فى يد الثالث عند أبى حنيفة رحمه الله يقسم على طريق المنازعة ، وعندهما : يقسم على طريق العول .

والثانية إذا أوصى بجميع مال لإنسان ، وبنصفه للآخر ، فأجازت الورثة ، يقسم عندهما على طريق العول ، وعنده يقسم على طريق المنازعة .

وكذلك إذا أوصى بعبده لإنسان ، وبنصفه لآخر يقسم عندهما على طريق العول ، وعنده يقسم على طريق المنازعة .

وأحد منها اتفقوا أنه يقسم على طريق المنازعة ، وهو أن فضوليًا باع عبد إنسان ، وفضولى آخر باع نصفه من آخر ، وأجاز المولى العقدين جميعًا ، فالقسمة على طريق المنازعة عندهم جميعًا .

وخمس منها اتفقوا أنه يقسم على طريق العول :

أحدها : فى الديات إذا قتل عبد رجلا خطأ ، وفقأ عين آخر ، ودفعه المولى إليهما ، فالقسمة على طريق العول .

وكذلك المدبر إذا قتل رجلا خطأ ، وفقأ عى آخر ، ودفع المولى قيمته إليهما ، فالقسمة على طريق العول .

وكذلك إذا مات ، وترك ألف درهم ، ولرجل عليه ألف درهم ، ولآخر عليه

ألفان، فالألف المتروكة تقسم بينهما على طريق العول.

وكذلك الثلث إذا ضاق عن سهام أصحاب الوصايا، فالقسمة على طريق العول.

وكذلك التركة إذا ضاقت عن سهام أصحاب الفرائض، فالقسمة على طريق العول، وهذه المسائل متفرقة.

١٩٣٠٤- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": عبد بين رجلين قتل مولى لهما عمدًا، فعفا أحدهما يبطل الدم كله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يقال للذي عفا: ادفع نصف نصيبك إلى الذي لم يعفُ، أو افدِهِ بربع الدية. قوله: قتل مولى لهما معناه قريبًا لهما بدليل أنه وقع في بعض النسخ قتل وليًا لهما، والولي هو القريب، ويجوز إطلاق اسم المولى على القريب، قال الله تعالى خبرًا عن زكريا: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِن وَرَائِي﴾[1]، وأراد به العصبة، وجاز أن يذكر، و يراد به المعتق، ويحتمل أن يكون المراد من المولى المعتق الذي أعتقاه. وقول محمد رحمه الله في هذه المسألة كقول أبي حنيفة رحمه الله في بعض النسخ، وكقول أبي يوسف في بعضها، وهو الأشهر.

وذكر في كتاب الديات وفي "الزيادات": أن عبدًا لو قتل مولاه عمدًا وله وليان، فعفا أحدهما، فقد بطل كله عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف: في تلك المسألة مثل قوله في مسألة هذا الكتاب.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: إن القود وجب لهما على الشركة والشيوع في النصيبين جميعًا من قبل أنه لا يمتنع وجوب القود للمولى على عبده الذي هو ملكه الخاص؛ لما عرف أنه في حق الدم حر، فلما صح ذلك، فلأن يصح الوجوب على الشياع[2] أولى، فصار لكل واحد منهما نصف القود نصفه في ملكه ونصف في ملك صاحبه، فإذا عفا أحدهما بطل حقه، وبقي حق الآخر، فانقلب نصيب الآخر مالا، فوجب نصف الدية للآخر، ولكن في كل العبد نصفه وهو الربع يلاقي نصيبه فيسقط؛ لأنه لا يجب للمولى على عبده دين، والنصف الآخر وهو الربع يلاقي ملك صاحبه فيجب؛ لأنه يجب للإنسان على عبد غيره دين، فلذلك بقي الربع.

(١) سورة البقرة: الآية ٥.

(٢) وفي م "المشاع".

ولأبى حنيفة رحمه الله : أن القصاص واجب لهما فى كل العبد من غير تعيين، بل على احتمال أنه يجب حق كل واحد منهما فى نصيب نفسه، أو نصيب صاحبه، أو على الشياع كل ذلك، سواء فى الاحتمال، فإذا آل إلى المال احتمل وجوب الكل بأن يعتبر كل واحد حقه متعلقًا بنصيب الآخر، واحتمل بطلان الكل، بأن يتعلق حق كل واحد بنصيب نفسه؛ لأنه لايجب المال له على عبده، فبطل الكل، واحتمل التنصيف بأن يعتبر شائعًا كما قالا، فينقلب نصف نصيبه الذى لم يعفُ مالا؛ لأنه لا يلاقى ملكه، ويسقط الباقى؛ لأنه لاقى ملكه، فلايجب المال بالشك.

فإن قال: إذا احتمل الوجوه ووجب القول بالشياع والتنصيف لضرورة أنه ليس جعل كل واحد منهما فى نصيبه أولى من جعله فى نصيب الآخر، قيل له: هذا إنما يستقيم إن لو كان ملكهما فى العبد معتبرًا فى حق القصاص، فيقال: نصف العبد لهذا، والنصف لذلك، فلم يكن جعل حق هذا فى هذا النصف أولى من جعله فى النصف الآخر، فيجعل شائعًا، وملكهما فى العبد ليس بمعتبر فى حق القود؛ لما مر أنه بمنزلة الحر فى حق القود، فبقى ما قاله أبو حنيفة رحمه الله من الاحتمال، فلا يجب مع الاحتمال.

فإن كان قول محمد رحمه الله فى مسألة "الجامع الصغير" مع قول أبى حنيفة رحمه الله كما فى مسألة كتاب الديات، فلا حاجة إلى الفرق بين مسألة "الجامع" وبين مسألة كتاب الديات، وإن كان مع قول أبى يوسف رحمه الله احتاج إلى الفرق.

والفرق أن ثمة القود وجب للقتل، وهو واحد مالك رقبة العبد، وقام الوليان مقامه، وإذا صار ميراثًا، وصار ما لا يعفو بعض الورثة اعتبرنا مالا للقتل وهو واحد مالك لرقبة العبد، فلم يثبت الشياع والتنصيف، فبطل كله كعبد قتل مولاه خطأ، أما هنا القصاص ما ثبت إلا لاثنين فى حق المملوك، فأما القتيل فغير[1] مالك رقبته، وإذا كان كذلك ثبت على المناصفة، والشياع فى حق الملك، فينقلب مالا كذلك -والله أعلم-.

١٩٣٠٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى رجل يقطع يد عبده، ثم يغصب العبد رجل، فيموت فى يديه عن تلك اليد، فعلى الغاصب قيمته أقطع، وإن

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: بغير.

غصبه رجل وهو صحيح، فقطع المولى يد العبد فى يد الغاصب، ثم مات منها فى يد الغاصب لم يكن على الغاصب شىء، وكان ينبغى أن لا يجب على الغاصب شىء فى الفصل الأول؛ لأن العبد لما تلف بجناية المولى صار كأن المولى استرده، وهلك فى يده، ألا ترى أنه لا يجب على الغاصب شىء فى الفصل الثانى، وإنما لا يجب؛ لما قلنا.

والجواب: اختلف عبارات المشايخ فى الفرق بين المسألتين، فعبارة بعضهم أن المولى فى الفصل الأول لم يصر مستردًا للعبد؛ لأن فى الفصل الأول انقطعت سراية جناية المولى بغصب الغاصب؛ لأن الغصب فى معنى البيع؛ لأنه سبب الضمان على الغاصب، وسبب الملك له فى المغصوب عندنا على ما عرف، فكان فى معنى البيع، وبيع القاطع يقطع سراية جنايته، فكذا الغصب، وإذا انقطعت السراية، صار كأنه برئ، ثم مات فى يد الغاصب، فيضمن قيمته أقطع لهذا، وفى الفصل الثانى لم يوجد ما يقطع سراية جناية المولى، فصار المولى متلفًا بعد غصب الغاصب، فكذا هنا، وهذا لأنه صار متصرفًا فيه حقيقة، فلهذا صار مستردًا، فخرج عن ضمان الغصب، ولكن فى هذا الفرق فيه نوع شبهة، فإن بنفس الغصب تنقطع السراية على ما يأتى -إن شاء الله تعالى.

وعبارة بعضهم: أن المولى إن صار مستردًا للعبد فى الفصل الأول، ولكن صار مستردًا حكمًا لا حقيقة؛ لأنه إنما يصير مستردًا بالسراية، والسراية أثر فعله، فتكون السراية استردادًا حكمًا لا حقيقة، وقبض الغاصب ثابت حقيقة والشىء لا يرتفع بما هو دونه، فبقى قبض الغاصب كما كان، فبقى ضمانه، أما فى الفصل الثانى المولى صار مستردًا للعبد بعد الغصب بفعل حقيقى اتصل من المولى العبد وأثر فى فوات يد الغاصب، فكان مثل قبض الغاصب، فيرتفع به ضمان الغاصب -والله أعلم-.

١٩٣٠٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الكبير": فى رجل شج عبدًا له موضحة، ثم رهنه من رجل بألف درهم، وقيمة العبد مشجوجًا ألف درهم، فمات فى يد المرتهن من الجناية يموت بما فيه من الدين، وهنا يتأتى الإشكال الذى ذكرنا فى المسألة المتقدمة.

والجواب ما مر أن الراهن إنما يصير مستردًا حكمًا لا حقيقة، فلا يرتفع به قبض المرتهن الثابت حقيقة، فلا يرتفع ضمانه، وعلى قياس مسألة الغاصب يقول فى مسألة

الراهن : إذا وجدت الجناية من المولى بعد الرهن يصير مستردًا للمرهون حتى لو هلك فى يد المرتهن لايسقط شيء من دينه ، وكذلك فى مسألة الرهن إذا وجدت الجناية من الأجنبى يفرق الحال بين ما إذا وجدت قبل الرهن ، وبين ما إذا وجدت بعد الرهن فى حق إبطال الرهن وعدم إبطاله -والله أعلم- .

١٩٣٠٧- قال فى "الجامع" أيضًا : رجل شج عبد رجل موضحة ، فمرض العبد ، فغصبه رجل ، فمات فى يد الغاصب من تلك الجناية ، كان لمولى العبد الخيار إن شاء ضمن عاقلة الجانى قيمة العبد صحيحًا فى ثلاث سنين ، وإن شاء ، ضمن الغاصب قيمة يوم غصب حالة فى ماله ، وضمن الجانى أرش الموضحة ، وما حدث منها من النقصان إلى أن غصبه الغاصب ، فيكون ذلك فى مال الجانى .

أما ثبوت الخيار للمولى باعتبار أن الغاصب مع الشاجّ كل واحد منهما باشر سبب الضمان الغاصب بالغصب والشاج بالشجة فكان له الخيار .

ثم السراية لا تنقطع بمجرد الغصب ؛ لأن العبد بعد الغصب باقٍ على ملك المغصوب منه ، فلم يتبدل مستحق السراية ، والجناية بدونه لا تنقطع السراية ، وإنما يحكم بزوال المغصوب عن ملك المولى .

وإذا اختار المولى تضمين الغاصب ، وذلك لم يوجد للحال ، فكان حكم السراية معتبرًا ، فلهذا كان للمولى الخيار ، فإن اختار المولى تضمين عاقلة الجانى ، ضمنهم جميع قيمة العبد صحيحًا ؛ لأن الجناية لاقية وهو صحيح ، وهذا ضمان الدم ، فيكون الدم على العاقلة فى ثلاث سنين ، ثم ترجع العاقلة على الغاصب بقيمة العبد يوم غصبه ، وإذا كان عاقلة الجانى لم يملكوا العبد بما أدوا من الضمان ؛ لأنه ضمان دم ، وضمان الدم لا يفيد الملك فى المضمون ، ولهذا كفن العبد يجب على المولى دون الجانى إلا أنهم قاموا مقام المولى فى مطالبة الغاصب بضمان الغصب إذ لا وجه إلى القول ببراءة الغاصب من غير أداء ، ولا إبراء وقد انقطعت مطالبة المولى ؛ لأنه وصل إليه من جهة الجانى كمال بدل العبد ، فلا بد وأن يثبت ولاية مطالبة الغاصب بضمان الغصب بغيره فكان إثباته لعاقلة الجانى ، وقد غرموا بدل العبد أولى من إثباتها لغيره ، فقاموا مقام المولى فى المطالبة .

ونظير هذا ما إذا شهد شاهدان على رجل أنه كاتب عبده بألف درهم إلى سنة، وقضى القاضى بذلك، ثم رجع الشاهدان واختار المولى تضمين الشاهدين، وأديا الضمان لم يملكا المكاتب لاستحالة انتقال المكاتب من ملك إلى ملك، وكان للشاهدين ولاية مطالبة المكاتب بأداء بدل الكتابة لقيامهما مقام المولى، كذا هذا، فإن اختار المولى تضمين الغاصب ضمن الغاصب قيمة العبد يوم غصبه حالة فى ماله؛ لأن هذا ضمان مال، وذلك يجب حالا فى مال من وجب عليه.

ثم يضمن الجانى أرش موضحته، وما نقصته جراحته إلى يوم الغصب؛ لأن العبد إلى هذه الحالة كان على ملك المغصوب منه، فما فات إلى هذه الحالة، فات على ملك المغصوب منه، فيجب الضمان له، ويجب فى مال الجانى؛ لأن ما فات من أطراف المماليك، يجب ضمانها فى مال جانى إلا إذا سرى إلى النفس، وهنا انقطعت السراية حين أدى الغاصب قيمة العبد، وصار العبد ملكًا للغاصب كما ينقطع عند وجود البيع[1]، فإن أراد الغاصب بعد ما أدى الضمان إلى المولى أن يضمن الجانى، أو عاقلة الجانى لم يكن له ذلك؛ لأن المولى بتضمين الغاصب، صار مملكًا العبد من الغاصب من وقت غصبه على البتات، فانقطعت به السراية، فلا يمكن إيجاب ضمان السراية، فلا يمكن إيجاب ضمان السراية، وتعذر إيجاب ضمان السراية، فلا يمكن إيجاب صمان الموضحة، وما حدث منها من النقصان إلى وقت الغصب؛ لأن ذلك لم يكن على ملك الغاصب، فلهذا لا يكون للغاصب تضمينها، ولو لم يغصب هذا العبد، ولكن المولى باعه من رجل بعد الجناية على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام، فمات فى يد المشترى، فهذا كما وصفنا من أمر الغاصب؛ لأن البيع بشرط الخيار لا يزيل المبيع عن ملك البائع، ويجعل العبد مضمونًا بالقيمة متى هلك العبد فى يد المشترى فى مدة الخيار، فكان هذا والغصب سواء.

١٩٣٠٨- ولو كان المولى باع هذا العبد من رجل بيعًا فاسدًا، فمات فى يد المشترى من تلك الجناية، فإن المولى يضمن الجانى أرش موضحته، وما نقصه الجراحة إلى أن قبضه المشترى، ثم انقطعت السراية بالقبض لتبدل المستحق بصيرورة المقبوض

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "العيب" مكان "البيع".

بحكم العقد الفاسد مملوكًا للمشترى من وقت القبض، ويكون ما وجب على الجانى فى ماله حالة، وعلى المشترى قيمة العبد يوم قبض فى ماله حالا؛ لأن المشترى شراء فاسدًا مضمون بالقيمة على المشترى فى ماله حالا، ولو لم يبعه المولى، ولكن رهنه بدين عليه مثل قيمة العبد، فمات فى يد المرتهن من تلك الجناية، فإنه يموت بالدين، ولا سبيل للمرتهن على الجانى؛ لأن جنايته سبقت حق المرتهن، ويرجع الراهن على الجانى بأرش الجناية، وما نقصه الجناية إلى يوم الرهن، ويبطل عن الجانى ضمان القيمة؛ لأن الراهن صار قاضيًا دين المرتهن من العبد، وفى قضاء الدين معنى البيع والشراء وبالبيع والشراء تنقطع السراية، فكذا بالرهن إذا اتصل به الهلاك.

ولو كانت قيمة العبد أكثر من الدين مثلا ألفى درهم، فرهنه بدين ألف درهم، فمات فى يد المرتهن، فالأمر كما وصفنا فيما إذا كانت قيمة العبد مثل الدين؛ لأنه لا ضمان للمرتهن على الجانى، ويرجع مولى العبد على الجانى بنصف أرش الموضحة وبنصف ما نقصه جنايته إلى أن رهنه، ويكون فى ملك الجانى؛ لما مر آنفًا، ويرجع مولى العبد على الجانى أيضًا بنصف قيمة العبد يوم مات العبد وبنصف أرش الموضحة وبنصف ما نقصته الجناية، ويكون كل ذلك على العاقلة؛ لأن مولى العبد صار قاضيًا دينه بنصف العبد فصار كأنه باع نصف العبد من المرتهن بما عليه من الدين، وأودع النصف، ولو كان كذلك تنقطع السراية عن النصف دون النصف، فالنصف الذى انقطعت فيه السراية يكون على الجانى، والنصف الذى لم تنقطع فيه السراية يكون على العاقلة لصيرورة ذلك النصف نفسًا -والله أعلم-.

١٩٣٠٩- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" أيضًا: رجل أقر أنه قطع يد عبد رجل خطأ، وكذبه عاقلته فى ذلك يعنى به أن عاقلة المقر كذب المقر فى إقراره، ثم غصبه رجل من مولاه، فمات عنده، فالمولى بالخيار إن شاء، ضمن الجانى قيمته فى ماله فى ثلاث سنين، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته أقطع فى ماله حالا، وضمن الجانى أرش يده وهو نصف قيمته فى ماله، وهذه المسألة نظير مسألة الشجة التى تقدم ذكرها، ولا فرق بين مسألتين، فإن ضمن الجانى قيمته بإقراره، فإنه يرجع الجانى على الغاصب بقيمة العبد أقطع فى ماله.

علل فى الكتاب : فقال : لأن العبد صار للقاطع بجنايته ، وهذا دليل على أن ضمان الدم يوجب الملك فى المضمون ووجه ذلك ، وهو إن سبب الضمان هو القطع السابق فيستند الضمان إليه ، فثبت الملك من ذلك الوقت ، وفى تلك الحالة هو قابل للملك كما فى ضمان الغصب ، فإنه لا يتقرر إلا عند الهلاك ، ولكن لما كان شبه الغصب السابق استند إليه ، ووقع الملك فى المضمون ، كذا هنا .

ومن المحققين من أصحابنا من قال : لا ، بل ضمان القتل لا يوجب الملك للضامن فى المقتول ؛ لأن ضمان القتل والقطع السابق إما يصير قتلا وقت الشراء ، فيجب الضمان مقصورًا على حالة القتل ، وفى حالة هو قابل للمالك ، لكن إن تعذر إثبات الملك فى ذاته أمكن إثباته فى بدله وهو الضمان الذى على الغاصب ، كما قلنا : فى المدبر إذا غصب إنسان من يد غاصبه واختار المولى تضمين الأول كان للأول أن يضمن الثانى ، وإن لم يملك الأول المدبر بأداء الضمان لكن قبل السبب ، وإن لم يعمل فى حق المدبر لمكان التعذر عمل فى حق بدله ؛ لأنه وجب بإقراره ، والإقرار حجة قاصرة ، فإن كانت الجناية ثابتة بالبينة ، فهذا وما لو ثبت بالجناية بإقرار الجانى سواء إلا فى فصل واحد ، وهو أن ما يجب على الجانى فى فصل الإقرار يجب على عاقلته فى فصل البينة ؛ لأن البينة حجة فى حق الناس كافة ، فثبت الجناية فى حق العاقلة كما ثبت فى حق الجانى ، وموجب جناية الخطأ فى المماليك إذا سرت إلى النفس على العاقلة بخلاف الإقرار على ما مر ، وإن اختار المولى فى فصل الإقرار تضمين الغاصب ضمنه قيمته يوم الغصب أقطع ؛ لأن الغصب هكذا صارفه يضمن الجانى الأرش يده وهو نصف قيمته فى ماله ، ولا يضمن الجانى نفس العبد ؛ لأن الجانى بأداء الضمان ملك الثانى من وقت الغصب ، فصار ذلك قاطعًا للسراية ، فبقيت جنايته فيما دون النفس .

وينبغى أن يضمن الجانى النقصان إلى وقت الغصب أيضًا وإن لم يذكره فى الكتاب ، وحملت المسألة على أن الغصب كان على فور[1] القطع ، وإن كان القطع عمدًا ، وباقى المسألة بحالها ، فنقول : المولى بالخيار إن شاء قتل القاتل ، ولا سبيل على الغاصب للمولى ، ولا لورثة الجانى ، أما لا سبيل للمولى على الغاصب ؛ لأنه بقتل

---

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل : "قود" مكان "فور" .

الجانى صار مبرئًا الغاصب عن ضمان الغصب؛ لأنه لا يتهيأ للمولى استيفاء القصاص مع تضمين الغاصب، وتضمين الغاصب مما يفيد الملك فى المضمون، فكان بمنزلة البيع، ولو باع العبد بعد ما قطع الجانى يد العبد عمدًا، ثم مات العبد فى يد المشترى من القطع، لا يجب القصاص على الجانى، فكذا هنا، علم أنه لا يتهيأ للمولى استيفاء القصاص مع تضمين الغاصب، فيضمن إقدام المولى على استيفاء القصاص إبراء للغاصب عن الضمان.

وأما لا سبيل لورثة الجانى؛ لأن الجانى لم يملك العبد المغصوب؛ لأنه لم يرد قيمته[1] إنما استوفى منه الدم، والدم ليس بمال، فلا يصح ضمان المال، فلا يصير العبد المغصوب ملكًا للجانى لا فى حق نفسه، ولا فى حق بدله، فيكون لورثة الجانى على الغاصب سبيل بخلاف حالة الخطأ؛ لأن هناك الجانى ضمن المال، والمال يصلح عوضًا عن المال، فجعلنا المغصوب ملكًا للجانى فيما يرجع إلى بدله، فكان له حق الرجوع على الغاصب، أما ههنا بخلافه.

وإن شاء المولى ضمن الغاصب من الابتداء قيمته أقطع على ما مر، ولا قصاص للمولى على القاطع؛ لأنه بأداء الضمان صار المغصوب ملكًا للغاصب، فانقطعت به سراية القطع، فانفصل القطع عن النفس، ولا قصاص فيما دون النفس للعبيد، ولكن يجب على الجانى فى أرش اليد فى ماله -والله أعلم-.

١٩٣١٠- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": وإذا اغتصب الرجل عبدًا، فقتل عند الغاصب قتلا خطأ، ثم دفع إلى المولى، فقتل عنده آخر خطأ، واختار المولى دفعه بالجنايتين، فإنه يكون بينهما نصفان؛ لأنه تعلق برقبة العبد دم حرين، فإنه قتل حرين، والعبد إذا تعلق برقبته دم حرين وقد اختار المولى دفع العبد يكون العبد بينهما نصفين؛ لأن حقهما على السواء، فإن حق كل واحد فى الدية عشرة آلاف، فيكون العبد مقسومًا بينهما على قدر حقهما نصفان، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد، ولا يرجع بكل قيمته؛ لأن المولى إنما يرجع على الغاصب بقدر ما استحق من العبد من يد المولى بجناية، أحدثها العبد عند الغاصب، والمستحق بالجناية

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل و ف: لم يؤد قيمته.

التي أحدثها العبد عند الغاصب نصف العبد، فيرجع بنصف قيمة العبد على الغاصب.

فأما النصف الآخر إنما استحق بجناية، أحدثها العبد عند المولى، فلا يرجع بذلك على أحد، فإذا أخذ المولى نصف قيمة العبد من الغاصب دفعه إلى ولى الجناية الأولى، ثم يرجع به على الغاصب فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله.

وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا يدفع ذلك إلى ولى الجناية الأولى، فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله: إنما أخذ المولى من نصف القيمة من الغاصب بدل نصف العبد الذى فى يد ولى القتيل الأول؛ لأن المولى إنما يرجع على الغاصب بما استحق من العبد من يده بجناية كانت عند الغاصب، فلو أخذ ولى القتيل الأول، واستحق ما أخذ المولى من نصف القيمة من الغاصب ثانيًا لاجتماع البدل والمبدل فى ملكه مع إمكان النقل، وهذا لا يجوز.

وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله: إن حق ولى الجناية الأولى كان فى جميع البدن؛ لأنه حين جنى على الأول كان فارغًا عن حق ولى الجناية الثانية، فكان حقه فى جميع العبد، ألا ترى أنه لو لم يجنِ الجناية الثانية كان يدفع إليه جميع العبد، فدلّ أن حقه فى جميع العبد، وقد وصل إليه نصف العبد دون النصف، وقد وجد فى يد المولى بدل نصف العبد وهو نصف القيمة التى أخذه من الغاصب، وهو فارغ عن حق الغير، فيأخذ ذلك ليكمل حقه، وما يقول محمد رحمه الله بأن نصف القيمة التى أخذه الغاصب بدل ما فى يد ولى الجناية الأولى من نصف العبد، قلنا: ما أخذ المولى من نصف القيمة من يد الغاصب بدل عن النصف الذى أخذها ولى الجناية الأولى فى حق ما بين المولى والغاصب، وأما فى حق ولى الجناية الأولى يعتبر بدلا عن النصف الذى أخذه ولى الجناية الثانية حتى يكمل حق ولى الجناية الأولى، ويجوز أن يعتبر الشىء الواحد بدلا عن شىء فى حق إنسان وبدلا عن شىء آخر فى حق إنسان آخر.

هذا كما قالوا: فى المسلم إذا استهلك على ذمى خمرًا، وضمن قيمته للذمى، ثم إنه قضى بذلك دين مسلم، حل لصاحب الدين ذلك، واعتبر قيمة الخمر بدلا عن الخمر فى حق ما بين الذمى والمستهلك، واعتبر بدل الدين فى حق صاحب الدين، لا بدل الخمر حتى حل لصاحب الدين ذلك، كذا هذا.

ثم إذا أخذ ولى القتيل الأول من المولى نصف القيمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله كان للمولى أن يرجع على الغاصب ثانيًا بنصف القيمة ؛ لأن هذا النصف إنما أخذ من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فيرجع به مرة آخرى على الغاصب ، فإذا رجع يسلم له ذلك ؛ لأن ولى القتيل الأول وصل إليه كمال حقه ولا حق للثانى فى ذلك ؛ لأن حق الثانى ما ثبت إلا فى نصف القيمة .

ولو كان العبد جنى عند المولى أولا ، ثم جنى عند الغاصب ، ثم رد الغاصب العبد على المولى ، ودفعه المولى بالجنايتين جميعًا ، رجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ، فيدفعها إلى ولى القتيل الأول ، ولا يرجع بذلك على الغاصب فى قولهم جميعًا .

أما أن يدفعه إلى ولى القتيل ، فيكون بينهما نصفان ؛ لأن حقهما على السواء فى عشرة آلاف درهم ، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ؛ لأنه استحق نصف العبد بجناية كانت عند الغاصب ، فيرجع بذلك على الغاصب ، ويدفعها إلى ولى القتيل الأول ؛ لأن حقه كان فى جميع العبد ؛ لأنه يوم جنى كان فارغًا عن حق الغير ، فثبت حقه فى جميع العبد ، وقد وصل إليه نصف العبد ، ولم يصل إليه النصف ، وما أخذ المولى بدل النصف الذى لم يصل إليه ، فكان له أن يأخذها من المولى كما كان له أن يأخذ عينها لو كان فارغًا من حق الغرماء ، ولا يرجع بذلك مرة أخرى على الغاصب فى قولهم جميعًا ؛ لأن نصف القيمة التى أخذها ولى القتيل الأول من المولى ، إنما أخذها من يده بجناية كانت عند المولى ، فلا يرجع بذلك على الغاصب .

وكذلك لو كان مكان العبد مدبرًا كان الجواب فيه كالجواب فى العبد من الوفاق والخلاف .

وصورته : رجل غصب مدبر رجل وقد كان المدبر قتل قتيلا خطأ عند المولى ، فقتل قتيلا آخر عند الغاصب ، ثم رد الغاصب المدبر على المولى ، فعلى المولى قيمة المدبر بين وليَى القتيل نصفان ، أما وجوب القيمة على المولى لأن موجب جناية المدبر على المولى على ما مر ، ويلزمه قيمة واحدة ؛ لأن دفع القيمة قام مقام دفع الرقبة لو كانت الرقبة بمحل الدفع ، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع لا يجب إلا دفع واحد ، وإن كثرت

الجنايات فكذلك لا يجب إلا قيمة واحدة، وتكون هذه القيمة بين وليَى القتيل نصفين؛ لأن حقهما على السواء، فإن حق كل واحد منهما فى عشرة آلاف درهم، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة المدبر، ولا يرجع بجميع قيمته، وذلك لأن نصف قيمة المدبر استحق بجناية كانت عند المولى، والنصف بجناية كانت عند الغاصب، فإذا كان المستحق بالجناية عند الغاصب نصف القيمة، رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لا غير، فإذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة كان لولى القتيل الأول أن يأخذ ذلك من المولى عندهم جميعًا، وذلك لأن دفع القيمة فى المدبر، وإنه بدل عن الرقبة بمنزلة دفع الرقبة، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع ودفع للولى، والمسألة بحالها، ورجع المولى على الغاصب بنصف القيمة، فإنه لا يسلم للمولى ذلك عندهم جميعًا، وكان لولى القتيل الأول أن يأخذ من المولى فكذلك هذا.

ولو كان جنى أولا عند الغاصب، وجنى ثانيًا عند المولى، وضمن المولى قيمته، ورجع على الغاصب بنصف قيمته، هل يسلم ذلك للمولى؟ فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الأول: لا يسلم. وعلى قول محمد وزفر رحمهما الله: يسلم؛ لما ذكرنا أن دفع قيمة المدبر بمنزلة دفع الرقبة لو كانت بمحل الدفع، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع، ودفع المولى العبد إلى ولى الجناية ورجع على الغاصب بنصف القيمة كان فى سلامة ذلك النصف للمولى خلافًا، فكذلك هذا -والله أعلم-.

١٩٣١١- قال فى "الأصل": وإذا غصب الرجل عبدًا من رجل فقتل العبد عنده قتيلا خطأ، ثم اجتمع المولى وأولياء القتيل، فإن العبد يرد على مولاه؛ لأن العبد ملكه فيرد عليه كما قبل جناية العبد، ولأن المولى يحتاج إلى دفع العبد، ولا يمكنه ذلك إلا بعد رد العبد عليه، وإذا رد العبد عليه يقال له: إما أن تدفع العبد أو تفدى؛ لأنه مملوك جنى وهو بمحل الدفع فيتخير.

فإن دفع، أو فدى رجع على الغاصب بالأقل من قيمة العبد ومن الأرش؛ لأن الزيادة على الأقل، والمولى كان يتخلص عنها بأقل شىء يتبرع به باختياره، فلا يكون له بذلك على الغاصب رجوع، وأما الأقل منهما لا بد له من ذلك، وقد استحق على المولى بسبب أحدثه العبد فى ضمان الغاصب، فيرجع بذلك على الغاصب؛ لأنه يقول

للغاصب : قبضت منى فارغًا، ورددته على مشغولا ومستحقًا بالجناية، والمستحق بالجناية كالهالك من حيث المعنى، ولو هلك العبد فى يد الغاصب حقيقة كان للمولى أن يرجع عليه بقيمة العبد، فكذلك هذا، وإن كان زاد عند الغاصب زيادة متصلة، واختار الدفع، فإنه يدفع العبد مع الزيادة، سواء حدثت الزيادة قبل الجناية، أو بعدها إن حدثت الزيادة قبل الجناية، فلأن حق ولى الجناية تعلق بالزيادة والأصل جميعًا؛ لأنه جنى وهو زائد، وإن حدثت الزيادة بعد الجناية، فلأن وضع المسألة فى الزيادة المتصلة، وما ثبت من الحق فى الرقبة يسرى إلى الزيادة المتصلة؛ لأنها لا تمتاز من الأصل، فيدفعها مع الزيادة، سواء حدثت الزيادة قبل الجناية أو بعدها، ثم لا يرجع المولى على الغاصب بقيمة الزيادة، وإن استحقت الزيادة بسبب أحدثه العبد عند الغاصب؛ لأن الاستحقاق بالجناية بمنزلة الهلاك من حيث المعنى، ولو هلكت الزيادة من حيث الحقيقة لايضمنها الغاصب؛ لأن زوائد الغاصب ثبت[1] أمانة فى يد الغاصب لا يضمنها بالهلاك فى يده ما لم يوجد منه التعدى، ولم يوجد منه تعد، فلهذا لم يرجع على الغاصب بقيمة العبد زيادة، وأما يرجع بقيمتها يوم غصبها إذا كانت القيمة أقل من الأرش على ما بينا.

١٩٣١٢ - هذا إذا ازداد العبد فى يد الغاصب، فأما إن لم يزدد، ولكن تغيير شيء منه فى يد الغاصب، بأن اعورّ العبد مثل فى يد الغاصب، وقد جنى عنده جناية، فهذا على وجهين: إما إن اعورّ بعد الجناية أو قبلها، فإن اعورّ بعد الجناية، وقد اختار المولى الدفع، فإنه يدفعه اعورّ إلى ولى الجناية، ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمته صحيحًا؛ لأن النصف الباقى من العبد بعد العور، استحق من يده بسبب كان عند الغاصب، والنصف الآخر هلك فى يده، وكان له أن يرجع بقيمته صحيحًا، فإن أخذ قيمته صحيحًا من الغاصب يأخذ ولى الجناية من المولى نصف قيمته؛ لأن حقه ثبت فى جميع العبد؛ لأنه حين جنى كان صحيحًا، وقد وصل إليه النصف، ولم يصل إليه النصف قد وجد بدل النصف الذى لم يصل إليه فى يد المولى، فكان له أن يأخذها، كما يأخذ لو وجد العبد بعينه، ثم يرجع المولى على الغاصب ثانيًا بنصف قيمة العبد حتى يكمل له قيمة العبد؛ لأنه نقص قبضه فى نصف القيمة الذى أخذها من الغاصب بسبب كان عند الغاصب، فكأنه لم يقبض من الغاصب، فيرجع على الغاصب مرة أخرى

(١) وفى "م": "تحدث".

ويسلم له، فقد حصل لولى القتيل نصف العبد لحمًا ودمًا، ونصفه دراهم ودنانير، وضمن الغاصب قيمة ونصفًا.

وإن اعورّ قبل الجناية، واختار المولى الدفع، فإنه يدفع العبد اعورّ، ثم يرجع بقيمة العبد صحيحًا على الغاصب، فإذا أخذ ذلك سلم له، ولم يكن لولى الجناية أن يأخذ منها شيئًا؛ لأن حق ولى الجناية ما ثبت إلا فى عبد اعورّ؛ لأنه حين جنى كان اعورّ، وقد سلم له ذلك، فلا يكون له سبيل على القيمة الذى أخذها المولى، ويكون قيمته صحيحًا سالمًا للمولى العبد المغصوب إذا جنى على مولاه جناية موجبة للمال، بأن قتل خطأ، أو جنى على رقيقه خطأ، أو على ماله بأن أتلف شيئًا من ملكه.

قال أبو حنيفة رحمه الله: إنه يعتبر جنايته حتى يضمن الغاصب قيمة العبد المغصوب لمولاه إلا أن يكون الأرش، أو قيمة العبد المتلف أقل من قيمة العبد المغصوب.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأن جناية المغصوب على مولاه وعلى رقيقه وعلى ماله هدر.

فأما العبد المرهون إذا جنى على الراهن، أو على رقيقه، أو على ماله، هل تعتبر جنايته؟ قالوا: ذكر هذه المسألة فى كتاب الرهن وقال: تهدر جنايته، ولم يذكر فيه خلافًا إلا أن المشايخ قالوا: ما ذكر فى كتاب الرهن أنه يهدر قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: تعتبر جنايته على الراهن بقدر الدين، فإنه مضمون عليه بقدر الدين كما يعتبر جناية المغصوب هنا على الغاصب وعلى رقيقه؛ لأنه مضمون عليه.

وأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبا فى ذلك إلى أن هذه جناية موجبة للمال حصلت من مملوك على مالكه، أو على رقيق مالكه، وليس فى رقيقه حق للغير، فوجب أن يهدر جنايته قياسًا على ما قبل الغصب لو جنى على مالكه أو رقيق مالكه.

والدليل عليه عبد الوديعة إذا جنى على المالك، أو على رقيقه هدر جنايته، وإن لم يكن فى يد المولى؛ لما ذكرنا، فكذا هذا.

وإنما قلنا: هذه جناية موجبة للمال من المملوك على مالكه، وذلك لأن ملك

المغصوب منه باقٍ في المغصوب بعد الغصب في حق التصرفات والجناية جميعًا، أما في حق التصرفات حتى جاز عتقه وبيعه وهبته، وأما في حق الجناية حتى إذا جنى العبد المغصوب على الأجنبي، وردّ العبد على المولى يخاطب المولى بالدفع أو الفداء، ولا يخاطب الغاصب، ولو كان الغاصب مالكًا للمغصوب في حق جنايته لكان الغاصب هو المخاطب بالدفع أو الفداء، وإذا بقي ملك المغصوب منه بعد الغصب صار حاله بعد الغصب كالحال قبله، وقبل الغصب جنايته على مولاه هدر، فكذا بعد الغصب.

ثم إنما كانت الجناية الموجبة للمال من المملوك على مالكه وعلى رقيقه هدرًا، وذلك لأن جناية المملوك إذا كانت موجبة للمال إن كان المملوك بمحل الدفع فمن حكمها أنه يخاطب المولى بالدفع أو الفداء كما لو جنى على أجنبي، فمن جنى على المالك، أو على رقيق المالك إذا اعتبرنا جنايته كان المخاطب بالدفع أو الفداء هو المالك، وإنه لا يستقيم لوجهين: أحدهما: أنه يكون دافعًا عن نفسه لنفسه، ومفاديًا لنفسه عن نفسه، وإنه لا يجوز؛ لما فيه من التضاد، فإنه يصير الواحد مملكًا ومستملكًا. والثاني: أنه لا يفيد؛ لأنه لا يستفيد المولى بالدفع إلى نفسه أو الفداء إلا الملك في المدفوع، والملك في المفادى وذا ثابت له من قبل، فالدفع والفداء لا يفيد إلا ما كان ثابتًا من قبل، فلا يفيد اعتباره.

وإن كان الجاني ليس بمحل الدفع بأن كان مدبرًا، لو اعتبرت جنايته على مولاه كان المخاطب بدفع الأقل من قيمة المدبر ومن الأرش هو المولى، وهذا لا يستقيم؛ لما فيه من التضاد، ولأنه لا يفيد، وما لا يفيد لا يستفيد به، فكان جناية المملوك على المالك وعلى رقيقه هدرًا قبل الغصب لهذا المعنى، وهذا المعنى موجود بعد الغصب، فإنه متى اعتبر جنايته على المالك كان المخاطب هو المالك أيضًا: بالدفع والفداء إن كان العبد بمحل الدفع، وإن لم يكن بمحل الدفع، بأن كان المغصوب مدبرًا كان المالك هو المخاطب بدفع الأقل من قيمة المدبر ومن الأرش، وهذا لا يستقيم.

بخلاف ما لو جنى على الأجنبي، فإنه متى اعتبرت جنايته على الأجنبي، وخوطب المولى بالدفع أو الفداء يصير دافعًا عن نفسه لغيره ومفاديًا عن نفسه لغيره وهذا مستقيم؛ لأنه لا يؤدي إلى التضاد ويكون مفيدًا؛ لأن المدفوع إليه بهذا الدفع والفداء

يستفيد ملكًا لم يكن ثابتًا له من قبل فى المدفوع والمفادى، فكان مفيدًا، فوجب اعتباره.

١٩٣١٣- وهذا بخلاف ما إذا قتل العبد مولاه عمدًا أو قتل رقيقًا من رقيق مولاه عمدًا، فإنه يعتبر جنايته حتى يقتل العبد بمولاه، وهذا جناية مملوك على مالكه؛ لأن هذه الجناية غير موجبة للمال، بل موجبة للقصاص، وإيجاب القصاص للمولى على عبده يفيد؛ لأنه يملك بذلك روح العبد، وروح العبدلم يكن ملكًا له من قبل حتى لو أقر عليه بالقصاص لم يصح إقراره، ولو أقر العبد على نفسه بالقصاص صح إقراره، وإذا كان اعتبار هذه الجناية يفيد ما لم يكن ثابتًا، اعتبرت، وإن حصل على مولاه وعلى رقيقه، فأما الجناية إذا كانت موجبة للمال، فإن اعتبارها لا يفيد على ما ذكرنا، ولا يلزم عبد لرجل جنى جناية موجبة للمال، ثم جاء عبد لهذا الرجل وقتل هذا العبد الجانى خطأ اعتبرت هذه الجناية، حتى يقال للمولى: ادفع العبد الثانى بالجناية، أو افدهِ بقيمة المقتول، وهذه جناية موجبة حصلت من مملوك على رقيق مالكه؛ لأنا قلنا: ولا حق فى رقيق مالكه لأحد، وهنا فى رقيق مالكه حق مستحق للغير، والحق فى إيجاب الضمان يعتبر بالحقيقة، فكان الملك فيه لولى الجناية لا للمولى.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: هذه جناية مملوك على أجنبى أو على رقيق الأجنبى من حيث الحكم والاعتبار، فيعتبر قياسًا على ما لو حصل على أجنبى، أو على رقيق أجنبى من حيث الحقيقة والحكم، وإنما قلنا: جناية مملوك على الأجنبى، أو على رقيقه من حيث الحكم والاعتبار، وذلك لأن الغاصب فى حق جناية العبد المغصوب جعل بمنزلة المالك، والمولى بمنزلة الأجنبى بدليل أنه لو جنى المغصوب على الأجنبى، كان قرار الضمان على الغاصب كأنه مالك، ولم يكن على المولى شىء كأنه أجنبى، علمنا أن الغاصب فى حق جناية المغصوب جعل بمنزلة المالك حكمًا، والمولى بمنزلة الأجنبى، وإذا كان كذلك، صح قولنا: إن هذه جناية مملوك على الأجنبى، فيكون معتبرًا قوله: لو اعتبر هذه الجناية يكون المخاطب بالدفع والفداء إن كان الجانى بمحل الدفع المغصوب منه وإن لم يكن بمحل الدفع كان هو المخاطب بدفع الأقل من القيمة والأرش، ولا يستقيم أن يكون المولى دافعًا عن نفسه لنفسه.

قلنا: المخاطب بإقامة حكم الجناية إذا جنى المغصوب على المغصوب منه الغاصب

عندنا يقال له : ادفع الأقل من قيمة المغصوب ومن الأرش، فيخاطب هو بدفع الجانى، وإن كان الجانى بمحل الدفع ؛ لأنه عاجز عن الدفع فإنه لا يفيد متى دفع مولى الجانى متى عجز عن دفع الجانى، فإنه يخاطب بدفع الأقل من القيمة ومن الأرش كما فى المدبر إذا جنى جناية، وإذا كان المخاطب هو الغاصب بدفع الأقل من قيمة المغصوب، ومن الأرش كان اعتبار هذه الجناية مفيدًا ؛ لأن المغصوب منه يملك ما لم يكن مالكًا، ولا يؤدى إلى التضادأيضًا، فإن الغاصب يكون مملكًا، والمغصوب منه متملكًا، وإذا أفاد اعتبار هذه الجناية على المغصوب منه ولم يؤد إلى التضاد وجب اعتبارها كما لو جنى على الأجنبى يخاطب المولى بالدفع أو الفداء دون الغاصب إذا لم يرض ولى الجناية بقيمة الجانى، وإنما طلب عين العبد وله ذلك لأن الدفع مفيد، فأما إذا رضى بأخذ القيمة من الغاصب كان للغاصب أن يؤدى القيمة حتى يطهر العبد عن الجناية، وهذا المجنى عليه وهو المولى يطالب الغاصب بدفع القيمة فيكون مستقيمًا، وليس كما قبل الغصب ليس للعبد مالك آخر فى حق الجناية سوى المولى حتى يعتبر[1] المولى أجنبيًا بخلاف ما بعد الغصب، فإنه اعتبر الغاصب مالكًا فى حق الجناية، فأمكننا أن نجعل المولى أجنبيًا فى حق الجناية، وفى حق الوديعة كذلك ؛ لأنه ليس للعبد مالك يكون قرار الجناية عليه حتى يجعل المولى أجنبيًا من العبد بخلاف ما نحن فيه، وقد خرج الجواب عما قالا : إذا تأملته.

١٩٣١٤- هذا إذا جنى المغصوب على مولاه أو على مال مولاه، فأما إذا جنى على غاصب أو على رقيق الغاصب جناية موجبة للمال، قال أبو حنيفة رحمه الله : بأنه لا يعتبر، ويكون هدرًا حتى لا يخاطب مولى العبد بالدفع و الفداء.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : بأنه يكون معتبرًا، ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء، وكذلك على هذا الاختلاف العبد المرهون إذا جنى جناية على المرتهن أو على ماله، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : لا تعتبر الجناية بقدر الدين، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : بأنه بعتبر، نص على هذا الخلاف فى كتاب الرهن. فأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبا فى ذلك إلى أن هذه جناية مملوك على الأجنبى أو

(١)هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "حتى يعد المولى".

على رقيق الأجنبى فيكون معتبراً كما قبل الغصب، وكما لو جنى المغصوب على أجنبى آخر سوى الغاصب. وإنما قلنا: جناية مملوك على أجنبى؛ لأن الغاصب أجنبى من العبد، فإنه لم يملك العبد بالغصب، فصار الحال بعد الغصب كالحال قبله.

ولا يقال: بأن اعتبار هذه الجناية على الغاصب لا يفيد؛ لأنه متى اعتبر كان قرار ذلك على الغاصب فى الحاصل كما لو جنى العبد على أجنبى آخر، وذلك لأن اعتباره مفيد، اختار المولى الدفع أو الفداء، إن اختار الدفع فلأن الغاصب يملك العبد الذى هو ملك المولى بالقيمة، وهى دراهم ودنانير، وتملك عين العبد بدراهم يجب على المتملك مفيد[1] كما لو اشترى عنه.

وإن اختار الفداء كان مفيداً أيضًا، لأن المولى متى فدى يرجع على الغاصب بالقيمة لا بالفداء، فيكون مفيداً؛ لأن قيمة العبد لا تخلو إما أن يكون أقل من عشرة آلاف أو أكثر، فإن كان أقل من عشرة آلاف يرجع المولى على الغاصب بالقيمة، فيحصل للغاصب زيادة على القيمة فيكون مفيدًا، وإن كان قيمة العبد عشرة آلاف أو أكثر، فالمولى يرجع على الغاصب بعشرة آلاف إلا عشرة، ولا يرجع بقيمته بالغة ما بلغت، فيبقى للغاصب زيادة عشرة من الفداء، فيكون مفيدًا، فدل أن اعتبار هذه الجناية على الغاصب مما يفيد اختيار المولى الدفع أو الفداء، وإذا كان مفيدًا، وجب اعتباره كما لو جنى على أجنبى آخر، فبهذا تعلقا.

وأما أبو حنيفة رحمه الله: ذهب فى ذلك إلى أنه جناية مملوك على مالكه من حيث الحكم، فيكون هدرًا قياسًا على ما لو حصلت للمالك من حيث الحقيقة والحكم، وإنما قلنا: جناية مملوك على مالكه؛ لما ذكرنا أن الغاصب فى حق جناية المغصوب جعل بمنزلة المالك، والمولى بمنزلة الأجنبى.

وإن قيل: جناية المملوك على المالك هدر[2]؛ لأنه لا يفيد اعتبارها، فأما هنا يفيد اعتبارها متى اختار الدفع والفداء، فيجب اعتبارها.

والجواب عنه أن جناية المملوك على المالك إنما كان هدرًا لما قلنا: إنه لا يفيد

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "المملك".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل "إنما كان هدراً"، وكان فى ف وم "إنما هدر".

اعتبارها، ولمعنى آخر وهو المنافاة، فإن المملوك مما ينافى ثبوت حق للمالك فى مملوكه، وإن كان لو ثبت حقه فى المملوك لأفاد هذا كملك النكاح لا يثبت للمالك فى أمته؛ لأنه لا يفيد، وللمنافاة فإن بين ملك النكاح واليمين لواحد منافاة حتى لم يجز للمولى أن يتزوج مكاتبه، وإن كان لو صح، لأفاد، فإن وطى المكاتبة حرم على المولى، ويحل متى جاز النكاح للمنافاة، وكذلك لايثبت للمولى على عبده دين؛ لأنه لا يفيد، وللمنافاة أيضًا، فإن الملك فى العبد منافى ثبوت الدين للمولى فى ذمة العبد، لم يجب للمولى على عبده دين، وإن كان لو ثبت، لأفاد[1] بأن كان عليه دين مستغرق، وقد استهلك مالا فإنه لم يجب للمولى عليه دين، وإن كان لو ثبت لأفاد؛ لأنه مشارك سائر غرماءه فى ثمنه للمنافاة، فكذلك هنا.

١٩٣١٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى مدبر غصبه رجل، فجنى عنده جناية، ثم رده على المولى، ثم غصبه، فجنى عنده جناية يغرم مولى المدبر قيمته بين ولى الجنايتين، ثم يرجع بقيمته على الغاصب، فيدفع نصفها إلى ولى الجناية الأولى، ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب، وسلم ذلك له، وإنما كان كذلك؛ لأن حق ولى الأولى فى كل القيمة لولا مزاحمة الثانى على ما مر، وقد قدر على بدل ما أخذه ولى الجناية الثانية، فيدفعه إليه؛ ليتم حقه، ثم يرجع المولى بذلك النصف على الغاصب؛ لأنه استحق عليه بسبب ضمانه أيضًا. فإذا رجع به لم يسلمه إلى ولى الجناية الأولى؛ لأنه وصل إليه كمال حقه، ولم يسلمه إلى ولى الجناية الثانية؛ لأن حق ولى الجناية الثانية كان فى النصف لا غير؛ لأنه استحق حال قيام المزاحمة، وقد سلم له ذلك.

١٩٣١٦- قال فى "الأصل": وإذا قتل المدبر قتيلا خطأ ودفع المولى قيمته بغير قضاء القاضى ثم قتل قتيلا آخر خطأ قال أبو حنيفة رحمه الله: بأن ولى الجناية الثانية بالخيار، إن شاء، اتبع المولى، وأخذ منه نصف قيمة المدبر، ثم رجع المولى بذلك على ولى الجناية الأولى، وإن شاء اتبع ولى الجناية الأولى، وأخذ منه نصف ما قبض من قيمة المدبر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ليس لولى الجناية الثانية أن يتبع

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "لو ثبت الأديان كان عليه دين".

المولى بنصف القيمة، وإنما يتبع ولى الجناية الأولى لا غير.

وعلى هذا الخلاف المدبر إذا حفر بئرًا فى طريق المسلمين بغير إذن مولاه، فوقع فيه إنسان فمات، فدفع المولى قيمة المدبر إلى ولى الجناية بغير قضاء، ثم وقع آخر، هل لولى الجناية الثانية اتباع المولى بنصف القيمة؟ فالمسألة على هذا الخلاف.

وأجمعوا أن حافر البئر إذا كان عبدًا قنًا، فوقع فى البير إنسان ومات، فدفع المولى العبد إلى ولى القتيل، ثم وقع فيه آخر ومات، فإن الثانى لا يتبع المولى بشىء، سواء دفع المولى العبد إلى الأول بقضاء قاضٍ، أو بغير قضاء قاضٍ.

وأجمعوا أن المولى إذا لم يدفع القيمة إلى ولى القتيل الأول حتى وقع آخر أو قتل آخر ثم دفع القيمة إلى الأول بغير قضاء قاضٍ أن لولى القتيل الثانى أن يتبع المولى، فيأخذ منه نصف قيمة المدبر، ثم يرجع المولى بذلك على ولى القتيل الأول.

فهما فرقا بينما إذا كان ذلك القتل الثانى، ووقوع الثانى قبل دفع القيمة إلى ولى الجناية الأولى، وبينما إذا كان ذلك بعد دفع القيمة إلى ولى الأولى.

والفرق أن القتل الثانى، ووقوع الثانى إذا كان قبل الدفع فالقيمة صارت مشتركة بينهم قبل الدفع، فحين دفع القيمة إلى ولى الأول، فقد دفع بعض حق الناس إلى غيره بغير إذنه، فيضمن بخلاف ما لو دفع، ثم قتل آخر، أو وقع آخر؛ لأنه حين دفع لم يكن للثانى شركة فى القيمة؛ لأن شركة الثانى مع الأول إنما تثبت بالقتل، والقتل لم يوجد حتى دفع، فلا شركة بينهم حين دفع، ولا سبب الشركة، فجاز أن لا يجب الضمان على المولى عندهما.

وجه قولهما فى ذلك: إن دفع القيمة فى المدبر بمنزلة دفع الرقبة لو كان بمحل الدفع، ولو كان بمحل الدفع، ودفع عين الرقبة إلى الأول بغير قضاء قاضٍ إن كان الدفع قبل الجناية على الثانى لا يكون للثانى اتباع المولى بشىء، وإن كان الدفع بعد الجناية كان لولى القتيل الثانى اتباع المولى، فكذا إذا دفع القيمة.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول فى العبد: إنما كان كذلك لأن المولى دفع إلى الأول عين حقه، فإن حقه كان متعلقًا بعين العبد حتى لو هلك العبد بطل حقه، وإذا صار

المولى دافعًا إلى الأول عين حقه صار الدفع بقضاء وبغير قضاء سواء، هذا كالرد بخيار الرؤية، والشرط اعتبر فسخًا فى حق الراد والمردود عليه، وفى حق غيرهما؛ لأن الرد عين حقه، فصار الرد بغير قضاء وبقضاء سواء، فأما هنا لم يدفع إلى الأول عين حقه، فإن عين حقه قيمة وجبت دينًا فى ذمة المولى، وما أداه المولى إلى ولى الجناية عين، والعين مع الدين غير أن من حيث الحقيقة، وإذا كانا غيرين صار المولى بالدفع إلى الأول ناقلا حقه من الدين إلى العين.

فإن كان هذا النقل لقضاء قاضٍ يفيد فى حق الناس كافة، وإن كان بغير قضاء قاضٍ صح هذا النقل فى حق ما بينهما، ولم يصح فى حق الثانى، فبقى حق الثانى فى ذمة المولى، فإن شاء اتبع المولى، ولم يجز ما منعه المولى، وإن شاء أجازه واتبع ولى الجناية الأولى كما فى الدين المشترك، إذا قبض أحد الشريكين شيئًا منه كان للآخر الخيار إن شاء لم يجز ذلك، واتبع الغريم، وإن شاء أجاز، وشارك شريكه فيما قبض، فكذلك هنا.

ونظير هذا ما قالوا: فى الرد بالعيب بعد القبض اعتبر فسخًا فى حق ما بين الراد والمردود عليه بيعًا جديدًا فى حق الثالث؛ لأن الرد ليس عين حق المشترى؛ لأن حق المشترى فى الجزء الفائت حتى إذا زال العيب بطل حقه فى الرد إلا أن البائع لما عجز عن تسليم الجزء الفائت أراد المشترى أن ينقل حقه من ذلك الجزء إلى بدله بالفسخ حتى يتوفر عليه رأس ماله إن لم يتوفر عليه المبيع، فصح هذا النقل فى حقهما، واعتبر فسخًا فى حق ما بينهما كما قصدا، وفى حق غيرهما اعتبر بيعًا جديدًا؛ لأنه لا ولاية لهما على غيرهما، فإن كان بقضاء قاضٍ، نفذ على الناس كافة؛ لأن للقاضى ولاية على الناس كافة، فكذا هذا -والله أعلم-.

١٩٣١٧- قال فى "الأصل": إذا قتل المدبر مولاه خطأً هدر جنايته؛ لأنه لا فائدة فى اعتبارها، وعليه أن يسعى فى قيمته ردًا للوصية؛ لأن التدبير وصية للمدبر برقبته وقد سلم له رقبته؛ لأنه عتق بموت السيد، ولا وصية للقاتل، فوجب على المدبر رد رقبته، وقد عجز عن ذلك بسبب العتق، فكان عليه رد بدله وهو القيمة، واستقام إيجاب السعاية عليه، وإن كانت السعاية يجب للمولى، ثم يصير ميراثًا عنه، ولهذا

تنفذ عنه وصاياه، وتقضى ديونه؛ لأن السعاية لرد الوصية إنما تجب عليه، وهو حر أو مكاتب، ويجوز أن يجب للمولى على معتقه ومكاتبه دين، إنما لا يجوز أن يجب له الدين على عبده، ولا يسعى ولى الجناية فى شىء؛ لأنه حين جنى كان عبدًا، وجناية العبد على مولاه أو على مملوك مولاه، إذا كانت موجبة للمال هدر على ما بينا.

وإن كان أم ولد قتلت مولاه خطأ، لم يكن عليها أن تسعى فى شىء لا لأجل الجناية؛ لما ذكرنا أن جناية المملوك على مولاه هدر لا لأجل العتق؛ لأن عتقها ليس بوصية لها، وإن كان عتقها متعلقًا بموت المولى، ألا ترى أنه معتبر من جميع المال، ولهذا لا يسعى فى شىء إذا كان على الميت دين بخلاف عتق المدبر، فإنه كان حاصلا له بطريق الوصية حتى يعتبر خروجه من ثلث ماله، ولا وصية للقاتل، ولهذا يسعى المدبر فى جميع قيمته متى كان على الميت دين مستغرق.

وإذا قتل المدبر مولاه عمدًا، فعليه السعاية فى قيمته ردًا للوصية؛ لما ذكرنا، وعليه القصاص لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيكُمُ القِصَاصُ﴾[1]، ولأن العبد قبل التدبير يقتل بمولاه، ولم يثبت له قبل التدبير حق العتق، فبعد التدبير لأن يقتل بمولاه، وقد ثبت له حق العتق أولى، وإذا وجب السعاية ردا للوصية والقصاص جميعًا، كان الورثة بالخيار إن شاؤوا، استسعوا فى قيمته أولا ثم قتلوه، وإن شاؤوا، قتلوه للحال، وأبطلوا حقهم فى السعاية؛ لأن الحق لهم، فإذا كان له ابنان لاوارث له غيرهما، فعفا أحدهما عن المدبر، فعلى المدبر أن يسعى فى قيمته ونصف يسعى فى قيمته ردًا للوصية، فيكون بينهما، ويسعى فى نصف قيمته للذى لم يعفُ خاصة؛ لأن القتل فى الابتداء انعقد موجبًا للقصاص إلا أنه بعفو أحدهما سقط نصيب العافى، وانقلب نصيب الذى لم يعفُ مالا، واستقام إيجاب السعاية عليه بسبب الجناية؛ لأنه حال ما يجب عليه المال هو حر أو مكاتب، ويستقيم أن يجب للمولى على معتقه أو مكاتبه دين.

فإن قيل: يجب أن يسعى فى نصف الدية للذى لم يعفُ؛ لأنه حر فى حال ما يجب عليه السعاية.

قلنا: إن كان حرًا حال وجوب المال إلا أنه كان عبدًا وقت الجناية، والمال إنما

---

(١) سورة البقرة: الآية١٧٨ .

يجب عليه بسبب الجناية، فلا بد من اعتبار الطرفين، فأجبنا القيمة باعتبار الطرف الأول، وباعتبار الطرف الأخير أوجبنا المال عليه بخلاف ما لو كان القتل خطأ، فإنه لا يسعى للجناية في شيء، وإن كان لو وجب عليه السعاية، فإنما يجب وهو حر؛ لأن الجناية حين وجدت لم تنعقد موجبة للضمان أصلا؛ لأنه لا يفيد من الوجه الذي بيّنا، وإذا انعقد غير موجب للضمان، ولا يجب الضمان من بعد بخلاف ما لو كان القتل عمداً من الوجه الذي بينا.

وإذ قتلت أم الولد مولاها عمدًا، فإن لم يكن لها منه ولد، فعليها القصاص، ولا سعاية عليها لأجل العتق من الوجه الذي ذكرنا، وإن كان لها ولد، فلا قصاص عليه؛ لأنه سقط عنها نصيب ابنها؛ لأن الابن لا يستوجب قصاصًا على والديه، وإذا سقط عنها نصيب الابن سقط عنها الباقي، وانقلب القصاص مالا، واستقام إيجاب المال عليها؛ لأن حال ما يجب عليها هي حرة أو مكاتبة، ثم تسعى في جميع قيمتها؛ لأنه لم يوجد من الابن عفو نصيبه.

وإنما سقط القصاص حكمًا لأنه ثبت للوالدة في قصاص ابنها شبهة ملك، والقصاص متى يسقط للشبهة لا للعفو، فإنه يجب عليه كمال الدية، ألا ترى أن الأب إذا قتل ابنه عمدًا وجب كمال الدية؛ لأن القصاص سقط للشبهة لا بالعفو، فإن له شبهة ملك في المقتول من حيث إنه كسبه، فوجب كمال الدية، فكذلك هذا بخلاف ما إذا عفا أحد الشريكين في القصاص، فإنه يجب النصف الدية للآخر؛ لأنه سقط نصيب العافي بالعفو.

وإذا قتل العبد مولاه عمدًا وله وليان، فعفا أحدهما عن الدم، فهو عبد على حاله بينهما، ولا شيء للذي لم يعفُ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: بأنه يقال للعافي: إما أن تدفع إلى الذي لم يعفُ ربع العبد من نصيبك، أو افده بربع الدية.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: إن العبد بالميراث صار بينهما نصفان؛ لأن وجوب القصاص لا يمنع جريان الإرث، فإذا عفا أحدهما لا بد وأن ينقلب نصيب الشريك مالا؛ لأن نصيب الشريك إنما سقط عن القصاص حكمًا لا باختياره، وفي مثل

هذا يجب المال رعاية لحق الشريك كيلا يسقط حقه أصلا من غير رضاه، فانقلب نصيب الشريك مالا وهو نصف نصفه وهو الربع فى نصيب نفسه فيسقط، ونصفه وهو الربع فى نصيب العافى فيثبت، فيقال للعافى: ادفع إلى شريكك نصف ما فى يدك وهو ربع العبد، أو افده بربع الدية.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ذهبا إلى أن القصاص حين ينقلب مالا بعفو أحدهما فالعبد باقٍ على ملك الميت من كل وجه؛ لأن الشركة قبل القسمة باقية على حكم ملك الميت حتى يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، فالمال الذى يجب بعفو أحد الوليين على قول من يقول بالوجوب يكون على حكم ملك الميت؛ لأنه بدل العبد، والمولى لا يستوجب على مملوكه شيئًا، فيسقط ضرورة بخلاف ما إذا كان مكان العبد مدبرًا وأم ولد، وباقى المسألة بحالها حيث ينقلب نصيب الآخر مالا؛ لأنهما يعتقان بموت المولى، فالمال الذى يجب عليهما بعفو بعض الأولياء لا يكون واجبًا للمولى على مملوكه، فلهذا افترقا.

عبارة أخرى لهما فى المسألة: أن القصاص حيث ينقلب مالا بعفو أحدهما، فالعبد باقٍ على حكم ملك الميت من وجه، زائل عن ملكه من وجه؛ لأن الوارث ملك العبد، ولم يملك ملكًا جديدًا، فمن حيث إنه ملك العبد كان زائلا عن ملك الميت كما فى الوصية، ومن حيث إنه لم يملك ملكًا جديدًا، بل قام مقام الميت فى أملاكه كأنه هو حى يرد بالعيب ويرد عليه، فملك الميت باقٍ، فدل أن العبد وقت انقلاب القصاص مالا زائل عن ملك الميت من وجه باقٍ على ملكه من وجه، فمن حيث إنه باقٍ على ملكه من وجه لم يستقم إيجاب المال له عليه؛ لأن إيجاب المال للإنسان على مملوكه قبل الكتابة لا يستقيم، والمال لم يكن واجبًا، فلا يجب بالشك والاحتمال.

فإن قيل: كان المال وجب من وجه إلا أن الإيجاب أولى؛ لما فيه من صيانة الدم عن الهدر.

قلنا: إن هدر الدم جائز بعذر، وإيجاب المال على عبده قبل الكتابة غير مشروع بحال من الأحوال لا بعذر، ولا بغير عذر، فكان الميل إلى الهدر، وإنه يجوز بعذر أولى مما لا يجوز بعذر، ولا بغير عذر.

وليس كما لو كان في التركة موصًى له بالثلث، وباقي المسألة بحالها حيث ينقلب نصيب الموصى له مالا؛ لأنه حال انقلاب الجناية مالا العبد زائل عن ملك الميت في حق الموصى له من كل وجه؛ لأن الموصى له ملك ملكًا جديدًا، ولم يقم مقام الموصى في حق الموصى به كأنه هو، ألا ترى أنه لا يرد بالعيب ولا يرد عليه بخلاف الوارث وبخلاف المدبر؛ لأن ملك المجني عليه زائل من كل وجه حال انقلابه مالا؛ لأنه صار حرًا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة رحمه الله: صار بمعنى المكاتب إلا أنه يجوز أن يجب للمولى مال على معتقه ومكاتبه، فأما لا يجوز أن يجب على عبده قبل الكتابة بحال من الأحوال.

قياس مسألة المدبر من مسألتنا أن لو أعتق الوارثان هذا العبد، ثم إن أحدهما عفا عن القصاص وهناك يقول: بأن نصيب الآخر ينقلب مالا؛ لأن وقت انقلابه مالا، فالعبد زائل عن ملك المجني من كل وجه -والله أعلم-.

الفصل الحادى عشر
فى القسامة

١٩٣١٨- وإذا وجد قتيل فى محلة قوم، وادعى ولى القتيل القتل عمدًا أو خطأ، فهذا على وجوه: إما أن يدعى ولى القتيل على أهل المحلة كلهم، أو على بعض أهل المحلة، ولم يعين القاتل منهم، وقال: لا أدرى من القاتل منكم؟ أو عيّن بأن ادعى على رجل من أهل المحلة أو اثنين أوثلاثة منهم أنهم قتلوا وليه عمدًا أو خطأ، أو ادعى على واحد من غير أهل المحلة أنه هو الذى قتل وليه، فإن ادعى على جميع أهل المحلة أنهم قتلوا وليه عمدًا أو خطأ، وأنكر أهل المحلة فإنه يحلف خمسون رجلا منهم كل رجل بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا، والخيار فى التعيين إلى ولى القتيل إن كانوا أكثر من خمسين رجلا، وإن كانوا أقل من خمسين، فإنه يكرر اليمين على الأقل حتى يتم خمسين يمينًا، فإن حلفوا غرموا الدية وإن نكلوا، فإنهم يحبسون حتى يحلفوا، فإن حلفوا غرموا الدية، ولم يكن عليهم قصاص.

ولا يحلف المدعى أن أهل المحلة قتلوا وليه، سواء كان الظاهر شاهدًا للمدعى، بأن كان بين المقتول وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة، أو لم يكن شاهدًا للمدعى، بأن لم يكن بين المقتول وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة.

والأصل فى هذا: ما روى أن عبد الله بن سهل وجد قتيلا فى قليب من قلب خيبر، فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصة إلى رسول الله ﷺ يطلبون دمه من أهل خيبر فقال عليه الصلاة والسلام: «تحلف لكم اليهود خمسين رجلا خمسين يمينًا بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا»[1].

---

(١) أخرجه مسلم فى "صحيحه" ٣/ ١٢٩١ حديث (١٦٦٩) وفى ٣/ ١٢٩٣ حديث (١٦٦٨) وأبو داود فى "سننه" ٣/ ١٧٧ حديث (٤٥٢٠) وفى ٤/ ١٧٩ حديث (٤٥٢٥) والترمذى فى "سننه" ٤/ ٣٠ حديث (١٤٢٢) والدارمى أيضًا فى "سننه" ٢/ ٢٤٨ حديث (٢٣٥٣) والبيهقى فى "الكبرى" ٨/ ١١٨، ١٢٢ حديث (١٦٢٠٨ و١٦٢٢١) وأبو عوانة فى "مسنده" ٤/ ٦١ حديث (٦٠٣٥) والشافعى فى "مسنده" ١/ ١٥٤ و١/ ١٩، والنسائى فى "الكبرى" ٤/ ٢٠٨ حديث

وروى عن زياد ابن أبى مريم قال : جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : يا رسول الله! إنى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان ، فقال : اجمع منهم خمسين رجلا ، فيحلفون ما قتلناه ولاعلمنا له قاتلا ، فقال : يا رسول الله! ما لى من أخى إلا هذا ، فقال : بلى ومائة من الإبل[1] .

روى أنه وجد قتيل بين وادعه وارحب فى زمن عمر رضى الله عنه ، وكان إلى وادعه أقرب ، فقال عمر رضى الله عنه لوادعه : ليحلف منهم خمسون بالله ما قتلوه وما علموا له قاتلا ، فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ، ثم غرم عاقلتهم الدية فى ثلاث سنين ، فقالوا لعمر رضى الله عنه : لا أيماننا تدفع أموالنا ولا أموالنا تدفع أيماننا ، فقال : لقد حصنتم دماءكم بأيمانكم وإنما غرمتم الدية لوجود القتيل بين أظهركم .

ثم المعنى فى تحليف خمسين أن المقصود من القسامة أن يظهر القاتل فيقتص منه ؛ لأن فى القصاص حياة ، وتحليف الزائد على الواحد أبلغ فى تحصيل هذا المقصود ، فالزيادة معقولة ، والتقدير بالخمسين غير معقول ، فاتبعنا فيه مورد النص ، والخيار إلى ولى القتيل فى تعيين الخمسين للحديث ، والجمع بين اليمين على البتات ، وبين اليمين على العلم عرف بالحديث وبنوع من المعنى أن الجمع بين الأمرين أبلغ فى تحصيل ما هو المقصد من القسامة ، وهو أن يمتنع الحالف عن اليمين الكاذبة ، فيظهر القاتل ، فيقتص منه ، وهذا لأن الحالف إذا لم يباشر القتل بنفسه ، وعلم بمباشرة غيره ، فمتى حلف على البتات بالله ما قتلت يحلف ؛ لأنه يكون صادقًا فى يمينه ، ولا يخير بمباشرة غيره ، فيجب أن يجمع بين الأمرين ، ثم يحلف بالله ما قتلت ، ولا يحلف بالله ما قتلنا ، وذلك لأن من الجائز أن الحالف باشر القتل بنفسه لاغير ، فمتى استحلف على هذا الوجه يجترئ على اليمين ، ولا يقر ؛ لأنه يكون صادقًا فى يمينه بالله ما قتلنا ، فيحلف بالله ما قتلت .

فإن قيل : من الجائز أنه لم ينفرد بقتله ، ومتى قتله مع غيره ، فمتى استحلف بالله ما قتلت يجب أنه لا يحنث فى يمينه ، فيجترئ على اليمين ، فلا يحصل ما هو المقصود

(٦٩١٥) وفى "المجتبى" ٨/ ٧ حديث (٤٧١٢) و٨/ ١٠ حديث (٤٧١٦-٤٧١٧) وأحمد فى "مسنده" ٤/ ٣ حديث (١٦١٤٠) والحميدى أيضًا فى "مسنده" ١/ ١٩٦ حديث (٤٠٣) والطبرانى فى "الكبير" ٦/ ٩٩ حديث (٥٦٢٥) .

(١) مرّ الحديث سابقًا .

من القسامة.

قلنا: هو وإن لم ينفرد بقتله متى استحلف بالله ما قتلت، وكان قتل مع غيره، فإنه يحنث في يمينه، فإن الجماعة متى قتلوا رجلا واحداً يكون كل واحد منهم قاتلا له بكماله، ولهذا تجب الكفارة على كل واحد منهم ويجب القصاص، فأما متى اختص بقتله، فمتى حلف بالله ما قتلنا لا يكون حانثًا في اليمين، ولأنه متى حلف بالله ما قتلنا يكون استحلافًا على فعله وفعل غيره على البتات، والاستحلاف على فعل غيره لم يشرع على البتات وإنما شرع على العلم، فلهذا قلنا: بأنه يستحلف بالله ما قتلت، ثم تجب الدية على عاقلة أهل المحلة في ثلاث سنين؛ لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين؛ ولأن أهل المحلة صاروا قاتلين حكمًا، ولو كانوا قاتلين من حيث الحقيقة خطأ، أو شبه العمد وجبت الدية على عاقلتهم، فهنا أولى.

فإن لم يكن في المحلة خمسون رجلا كررت الأيمان على بعضهم حتى يكمل خمسين يمينًا، وذلك لما روى أنه أتى إلى عمر رضى الله عنه تسعة وأربعون رجلا من وادعه وحلفهم، ثم كرر اليمين على واحد منهم حتى تم خمسون يمينًا؛ ولأن المأخوذ علينا في القسامة شيئان مراعاة عدد اليمين خمسون يمينًا، ومراعاة عدد الحالفين خمسون رجلا، لو قدرنا على مراعاة الأمرين لزمنا مراعاة كلا الأمرين، فإذا عجزنا عن أحدهما وهو مراعاة عدد الحالفين، وقدرنا على مراعاة عدد الأيمان لزمنا مراعاة ما قدرنا عليه.

١٩٣١٩- هذا إذا ادعى ولى القتيل على جميع أهل المحلة عمدًا أو خطأ، فأما إذا ادعى القتل على بعض أهل المحلة لا بأعيانهم، فكذا الجواب: تجب القسامة والدية على أهل المحلة؛ لأن الدعوى على بعض أهل المحلة لا بأعيانهم، وإنهم لا يتميزون من الباقي دعوى على الكل، ولو ادعى ولى القتيل على جميع أهل المحلة وجبت الدية والقسامة على جميع أهل المحلة للنصوص، فكذا هنا.

فأما إذا ادعى على بعض أهل المحلة بأعيانهم، بأن ادعى على واحد منهم، أو اثنين، أو ثلاثة أنهم قتلوا وليه عمدًا أو خطأ، فكذا الجواب أيضًا، يجب القسامة، والدية على أهل المحلة كما لو ادعى القتل على جميع أهل المحلة.

هكذا ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب، ولم يذكر فيه القياس والاستحسان، وروى عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول أنه قال: القياس أن تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة، ويقال لولى القتيل: ألك بينة؟ فإن قال: لا، يستحلف المدعى عليه يمينًا واحدة، ولكنه فى الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة.

وجه القياس وهو أن إيجاب القسامة والدية على أهل المحلة لوجود القتيل بين أظهرهم، وقد احتمل أن يكون القتل منهم، أو من غيرهم، أمر عرف نصًا، بخلاف القياس، فيراعى جميع ما ورد به النص من الشرائط، والنص إنما أوجب القسامة والدية على أهل المحلة بشرطين: بوجود القتيل فى مكان ينسب إليهم، وبأن يدعى ولى القتيل قتل عليهم كما فى حديث عبد الله بن سهل، فإن القتيل وجد فى مكان ينسب إلى اليهود وهو خيبر، وقد ادعى أولياء عبد الله بن سهل على يهود خيبر، وهنا وإن وجد القتيل فى مكان ينسب إلى أهل المحلة لم توجد الدعوى على أهل المحلة، وإنما وجد على واحد منهم بعينه، فلو أوجبنا القسامة والدية أوجبناه بالقياس لا بالنص، وإنه عرف بخلاف القياس، ولهذا لم تجب القسامة والدية إذا ادعى على واحد من غير أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على واحد منهم بعينه، وفى الاستحسان: تجب القسامة والدية على أهل المحلة؛ لأن بعض النصوص أوجب القسامة والدية على أهل المحلة مطلقًا بلا فصل بينما إذا وجد الدعوى على واحد منهم بعينه أو على جميع أهل المحلة، فمتى أوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة هنا، فإنما نوجبه بالنص لا بالقياس.

وأما إذا ادعى القتل على واحد من غير أهل المحلة لم يكن على أهل المحلة قسامة ولا دية؛ لأنا أوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة ثمة، فإنما نوجبه بالقياس لا بالنص؛ لأنه لم يرد نص بإيجاب القسمة[1] والدية على أهل المحلة متى وجد الدعوى على غيرهم، فيرد هذا إلى ما يقتضيه القياس، وإليه أشار أبو يوسف رحمه الله، فقال: القياس هذا إلا أنا تركنا القياس بالأثر.

وإذا لم تجب القسامة والدية على أهل المحلة فى هذه الصورة، فقال للمدعى: ألك بينة على ما ادعيت؟ فإن قال: نعم، أقامها ويثبت ما ادعاه ببينة، وإن لم يكن له بينة

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "القسامة".

يحلف المدعى عليه يمينًا واحدة، ولا يحلف خمسون يمينًا؛ لأن القسامة أمر عرف بخلاف القياس بالنص، وإنما أوجب النص القسامة فى موضع وجد الدعوى على أهل المكان الذى وجد فيه القتيل، ففيما إذا وجد الدعوى على غير أهل المكان الذى وجد فيه القتل بقضية القياس عليه، وباقى المسألة مرت فى كتاب القضاء ولأولياء القتيل أن يختاروا صالحى أهل المحلة، وأهل البلدة والعشيرة الذين وجد القتيل بين أظهرهم؛ لأن القسامة إنما شرعت لاستعظام شأن الدم ليظهر القاتل، فيقتل فيحصل به الإحياء، وهذا المقصود إنما يحصل بتحليف الصلحاء، فإنهم يتخرجون عن اليمين الكاذبة، وأما الفاسق لا يبالى.

قال الفقيه أبو منصور الماتريدى: القياس أن يحلف فاسقو العشيرة؛ لأن القتل منهم يكون غالبًا، وهم أهل التهمة، قلنا: تعيين صالحى العشيرة استحسان رجاء أن يتخرجوا، فتظهر فائدة القسامة، فإن لم يوجد فى المحلة من الصلحاء خمسون رجلا، فأراد ولى القتيل أن يكرر اليمين على الصلحاء حتى تم خمسون يمينًا، هل له ذلك أم يضم إليهم من فاسقى العشيرة ما يكمل به خمسين رجلا؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب، وروى عنه فى غير رواية الأصول: أنه ليس لولى القتيل ذلك، ولكنه يختار ممن بقى فى المحلة حتى يكمل خمسون رجلا، وذلك لأن المأخوذ علينا فى القسامة شيئان، مراعاة عدد الأيمان ومراعاة عدد الحالفين، فما لم يقع العجز عن مراعاة أحدهما لا تسقط مراعاته، وقد أمكننا مراعاة الأمرين إذا كان فى المحلة من يتم عدد الحالفين خمسين رجلا.

فإذا وجد القتيل بين قريتين أو سكتين، فإنه يقاس، فإلى أيهما أقرب كان عليه القسامة والدية، وذلك لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى ﷺ أمر أن يذرع بين القريتين فى قتيل وجد بينهما، قال: فرأيت رسول الله ﷺ يقيس بين القريتين، وهكذا روى الشعبى عن مسروق عن عمر رضى الله عنه أنه قال: قيسوا بين القريتين أيهما كان أقرب إلى القتيل، فاستحلفوا منهم خمسين رجلا بالله ما قتلنا، ولا علمنا له قاتلا، ثم غرموهم الدية[١].

---

(١) أخرجه البيهقى فى "الكبرى" ٨/ ١٢٤ حديث (١٦٢٢٧) وفى ٨/ ١٢٦ حديث (١٦٢٣٠)، وذكره ابن حجر فى "الفتح" ١٢/ ٢٣٧ والزرقانى فى شرحه ٤/ ٢٤٨ والسند فى الحاشية ٧/

وعن علي رضى الله عنه أنه قال: فعلى أقربهما ولأنه لو وجد قتيل فى قرية، فإن الدية والقسامة تجب على أهل القرية التى وجد فيها القتيل، وإن كان يجوز أن يكون قتيل قرية أخرى؛ لأن هذه القرية أقرب إلى القتيل من الأخرى، فإذا وجد بين القريتين، يجب على أقربها الدية، وإن كان يجوز أن يكون قتيل الأبعد، قالوا: إنما تجب الدية، والقسامة على أقرب القريتين، إذا كان بحال يسمع الصوت منه، فأما إذا كان بحال لا يسمع الصوت منه، فإنه لا تجب القسامة، والدية على واحد من القريتين، وإنما يراعى حال المكان الذى وجد به القتيل، ولم يذكر محمد رحمه الله هذا الشرط فى الكتاب، وإنما ذكره هلال الرازى فى كتاب الوقف، ورواه عن أصحابنا ورواه أبوالحسن الكرخى أيضًا عن أصحابنا، وإنما اعتبروا سماع الصوت لأنه إن كان بحال يسمع منه الصوت يجب عليهم الغوث، وإن كان بحال لا يسمع منه الصوت، لا يجب عليهم الغوث، ثم فى كل موضع وجب القسامة، وحلف القاضى خمسين رجلا، فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا، هكذا ذكر فى الكتاب.

وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال: لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم فى ثلاث سنين، قال ابن مالك: هذا قوله الآخر، وكان ما ذكر فى ظاهر الرواية قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله الأول.

وجه قوله الآخر: وهو أنه لا يحبس فى سائر الدعاوى، متى نكل المدعى عليه عن اليمين ليحلف، ولكن يقضى عليه بما ادعاه المدعى، فكذلك هنا.

وجه ما ذكر فى ظاهر الرواية وهو أن فى سائر الدعاوى إنما لا يحبس إذا نكل؛ لأنه حصل ما هو المقصود من الاستحلاف، فإن المقصود من الاستحلاف أن ينكل، فيستحق المدعى المدعى به، وقد حصل للمدعى هذا المقصود لما نكل، فأما المقصود من القسامة[1] أن يقر أحدهم بالقتل عمدًا فيقتل، ولهذا قال عمر رضى الله عنه: إنما حصنتم دماءكم بأيمانكم، وإنما كان المقصود من الاستحلاف وجوب القصاص، ولم يمكن

---

٢٥٤ وكذا فى "مجمع الزوائد" ٦/ ٢٩٠ ومسند أحمد ٣/ ٨٩ حديث (١١٨٦٣).

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ وف "القتل".

القضاء بها[١] بالنكول، فوجب الحبس حتى يحلف، أو يقر حتى لو كان ولى القتيل يدعى الخطأ إذا نكل أهل المحلة، فإنه يقضى بالدية على عاقلتهم، ولا يحبسون ليحلفوا، إنما يحبسون، فيحلفوا إذا وقع الدعوى فى العمد؛ لأن المقصود من الحلف بعد لم يحصل بالنكول.

١٩٣٢٠- وفى "المنتقى": إذا وجد قتيل بين قريتين أرضهما وطريقهما مملوك لقوم يبيعون أرضهما وطرقهما، فهو على الرؤوس، قال: وهذا قول محمد رحمه الله، وسيأتى بعد هذا قول أبى يوسف رحمه الله بخلاف قول محمد رحمه الله، وإذا وجد فى أرض قرية وهو إلى بيوت قرية أخرى أقرب، فإن كان الأرض الذى وجد فيه القتيل مملوكًا، فهو على صاحب الملك، وإن لم يكن مملوكًا، فهو على أقرب القريتين، وفيه أيضًا: سئل محمد رحمه الله عن قتيل وجد بين قريتين أ هو إلى أقربهما إلى الحيطان أو الأرضين؟ قال: إن كانت الأرض ليست بمملوكة لهم إنما ينسب إلى القرية، كما تنسب الصحارى، فهو على أقربهما بيوتًا.

١٩٣٢١- وإذا وجد الرجل قتيلا فى قبيلة بالكوفة، وفيها سكان يسكنون فيها بإجارة أو إعارة، وفيها من قد اشترى من دورهم وأهل الخطة ذكر أن القسامة والدية على أصحاب الخطة إذ ليس على السكان والمشترى من ذلك شيء.

هكذا ذكر فى الكتاب ولم يحك فيه خلافًا، وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الأصول روايتان: قال فى رواية: تجب القسامة والدية على السكان ولا تجب على الملاك، وقال فى رواية: يجب على الكل، الساكن والمشترى وصاحب الخطة فى ذلك سواء.

وأما وجه ما روى عنه أنه يجب على السكان أن القسامة والدية على أهل القسامة أمر ثبت نصًا بخلاف القياس؛ لأن الشرع جعلهم قتلة من حيث الحكم لما أوجب عليهم القسامة، ولم يوجد القتل منهم حقيقة، وهذا خلاف القياس وكرر اليمين، وإنه خلاف القياس على ما بينا، والنص إنما أوجب القسامة على السكان لا على الملاك، بيانه فى حديث عبد الله بن سهل قال: أن النبى ﷺ إنما أوجب القسامة والدية على أهل خيبر،

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم "ههنا".

وهم كانوا ساكنين ثمة، ولم يكونوا ملاكًا، فإن الملك فى خيبر كان للمسلمين، والنبى ﷺ دفعها إلى اليهود معاملة[1]، وما ثبت نصًا بخلاف القياس يراعى ما ورد به النص، والنص أوجب القسامة والدية على السكان لا على الملاك، والدليل على صحة هذا ما لو وجد فى سفينة قتيل أو على دابة ورجل يسوقها، فإن القسامة تجب على ساكنى السفينة لا على مالكها، وفى الدابة تجب على السائق لا على المالك، فكذلك هذا.

وأما وجه الرواية التى تجب على الكل وهو أن المعنى الذى له ولأجله وجبت القسامة، والدية على أصحاب الخطة من أهل المحلة ذلك المعنى موجود فى السكان والمشترى؛ لأنها إنما وجبت على أصحاب الخطة؛ لأن عليهم حفظ المحلة عن القتل؛ لأن المحلة تحت رأيهم وتدبيرهم، فإذا لم يحفظوا جعلهم الشرع جناة بترك الحفظ حتى لا يهدر الدم تعظيمًا لأمر الدم، فكان عليهم القسامة والدية، وهذا المعنى موجود فى السكان والمشترى، فإن عليهم حفظ المحلة عن القتل كما على أصحاب الخطة، وإذا ساووا أصحاب الخطة فى استحقاق سبب القسامة والعقل ساووهم فى القسامة والعقل أيضًا؛ لأن المساواة فى السبب توجب المساواة فى الحكم.

وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: احتجا فى ذلك بأن القسامة والدية إنما عرف وجوبهما بخلاف القياس، والنص أوجبهما على أصحاب الخطة من أهل المحلة، ولم يوجبهما على السكان والمشترين، بيانه فى حديث عبد الله بن سهل، فإن المروى فى ذلك الحديث أن النبى ﷺ[2] أوجبها على يهود خيبر وهم كانوا أصحاب خطة، ولم ينقل أنه عليه السلام أوجبها على السكان والمشترين مع أن خيبر كان لا يخلو عن ساكن أو مشترٍ يكون فيها علمنا أن السكان والمشترين لا شاركو أهل المحلة فى القسامة والدية.

ونوع من المعنى يدل عليه، وهو أن أصحاب الخطة أصول فى المحلة، والدخلاء فى المحلة أتباع لهم، ألا ترى أن التدبير فى أمور المحلة من نصب المؤذنين والأئمة، وتعهد المسجد والطريق إلى أصحاب الخطة لا إلى الدخلاء، فصار أصحاب الخطة بمنزلة

(١) أخرجه الطحاوى فى "شرح معانى الآثار" ٣/ ١٩٨ و٤/ ١٤٩ والبزار فى "مسنده" ٣/ ٢٣٨ حديث (١٠٢٦).

(٢) والحديث تخريجه قد مضى.

الأصول، والدخلاء بمنزلة الأتباع، والقسامة والدية تجب على الأصول من أهل المحلة ولا تجب على الأتباع، ألا ترى أنه لا يجب على الصبيّان والنسوان والعبيد والمكاتبين؛ لأنهم أتباع فى المحلة وليسوا بأصول، فكذلك هذا، ولأن عاقلة المحلة أصحاب الخطة، فما بقى واحد منهم لاينتقل العقل إلى عاقلة أخرى، وانتقل بعاقلة الجانى ما بقى ما عاقلته أحد لا ينتقل العقل إلى عاقلة أخرى، ألا ترى أن المعتق لما كان عاقلته مواليه وموالى الأب ما بقى واحد منهم لا ينتقل العقل إلى موالى أمه، وإذا لم يبقَ واحد منهم انتقل العقل إليه، فكذلك هذا.

وليسوا كالسفينة والدابة، وذلك لأنه لا نص فى السفينة توجب القسامة، والدية على المالك، أو على الراكب حتى يعتبر فيه النص، وما لا نص فيه يجب اعتبار معنى النص لو أوجبنا القسامة والدية، ومعنى النص أن القتيل وجد فى مكان كان تحت رأيهم وتدبيرهم، والرأى والتدبير فى السفينة والدابة، وإنهما مما ينقل من مكان إلى راكب السفينة والدابة لا إلى المالك، فأما فيما لا يحول ولا ينتقل ورد النص بإيجاب القيمة على أصحاب الخطة، لا على السكان والمشترين، فيعتبر فى البقاع النص لا المعنى، ولأن الملك فى البقاع شرع سببًا للغنم وهو المنفعة، فجاز أن يعتبر سببًا لاستحقاق الغرم بخلاف الملك فى المنقول، وفرق آخر بين الدار والدابة يأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى، وفى فصل الدابة بكلمات آخر تأتى بعد هذا، وكذلك فى فصل السفينة كلمات أخر تأتى بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

فأما تعلقه بحديث عبد الله بن سهل قلنا: هذه القصة إنما وقعت قبل فتح خيبر. هكذا روى أن خيبر يومئذٍ كان على يد اليهودبصلح، والدليل على صحة هذا أن النبى ﷺ كتب إلى اليهود هذا قتيل وجد بين أبياتكم، فقد أضاف الأبيات إليهم، ولو كان بعد الفتح لكان خيبر ملكًا للمسلمين، فكان لا يضاف الأبيات إليهم، ولئن كانت هذه القصة بعد فتح خيبر يحتمل أن النبى ﷺ منّ بذلك عليهم، وتركها عليهم بالخراج، وللإمام أن يمنّ على أهلها بالخراج، والدليل على صحة هذا أن عمر رضى الله عنه لما أجلاهم من خيبر، عوضهم، ولو لم يتركها عليهم وجعلها ملكًا للمسلمين لما احتاج عمر رضى الله عنه إلى إعطاء العوض حين أجلاهم، وإذا كان كذلك كان إيجاب الدية والقسامة على أصحاب الخطة لا على السكان والمشترين.

وقوله : وإنما وجبت القسامة والدية على أصحاب الخطة لأن عليهم حفظ المحلة عن القتل، قلنا : إنما وجب عليهم لأنهم أصول، والدخيل فى المحلة بمنزلة التبع، والشرع أوجب القسامة والدية على من كان أصولا فى المكان الذى وجد فيه القتيل لا على الأتباع، والدخلاء فى المحلة أتباع ما بقى واحد من الأصول -والله أعلم- .

١٩٣٢٢- وفى "نوادر بشر بن وليد" عن أبى يوسف رحمه الله : إذا وجد القتيل فى دار فيها سكان وأربابها غيب، فالقسامة والدية على أرباب الدار فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله : على السكان، وإن كانوا ينقلبون إلى أهاليهم بالليل مثل الخياط والصباغ يكونون بالنهار فى موضع، وينصرفون إلى أهاليهم بالليل، فلا شىء عليهم .

١٩٣٢٣- وإذا وجد القتيل فى دار رجل قد اشترى وهو من غير أهل الخطة، فإن أهل الخطّة بُرآء من ذلك، والقسامة على صاحب الدار، والدية على قومه، وذلك لأن صاحب الدار هو المختص بالرأى والتدبير فى أسباب داره، وليس لأهل الخطة معه فى ذلك شركة، وإذا لم يكن لأهل الخطة معه شركة فى الرأى والتدبير فى داره، بل كان هو المنفرد فى ذلك دون أهل الخطة كان أهل الخطة من الدار بمنزلة محلة أخرى، وقتيل وجد فى محلة لا يوجب القسامة والدية على محلة أخرى؛ لأنه لا شركة لهم فى الرأى والتدبير فى المحلة التى وجد فيها القتيل، فكذلك هذا إلا أن القسامة تجب على صاحب الدار خاصة، والدية على عاقلته؛ لأن صاحب الدار فى داره بمنزلة أهل المحلة فى المحلة ولو وجد فى المحلة قتيل وجبت القسامة على أهل المحلة، والدية على عاقلته، فإذا وجد القتيل فى الدار تجب القسامة على صاحب الدار والدية على عاقلة صاحب الدار، هكذا ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة فى الأصل فى موضع .

وذكر فى موضع آخر من الأصل أن القسامة والدية على قوم صاحب الدار، وإذا اتفقت الروايات أن الدية على قومه، واختلف الروايات فى القسامة ذكر فى بعض الروايات : أنها تكون على المشترى خاصة، وذكر فى بعض الروايات أنها تكون على عاقلة المشترى، وحكى عن الكرخى : أنه وفق بين الروايتين، فقال : معنى الرواية التى قالت : إنها تجب عليه خاصة إذا كان قومه غيبًا، ومعنى الرواية التى قالت : إنها تكون

عليه وعلى قومه أن يكون قومه حضورا -والله أعلم- .

١٩٣٢٤- وإذا باع أهل الخطة دورهم حتى لم يبق منهم أحد فى المحلة ثم وجد قتيل فى سكة من سككهم، أو فى مسجد من مساجدهم، وفيها سكان ومشترون، فإن القسامة على المشترى؛ لأن التدبير والرأى فى أسباب المحلة انتقل إلى المشترى، فقام المشترون مقامهم، فإذا قاموا مقامهم لزمهم ما لزم أهل الخطة، ثم يجب على المشترى لا على السكان؛ لأن تدبير المحلة إلى من يكون أصلا فى المحلة، والملاك أصول والسكان أتباع، فكان السكان بمنزلة النسوان والصبيّان من أهل المحلة، ولا يجب عليهم قسامة ولا دية، فكذلك هذا، وهذا الذى ذكر قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، فأما على قول أبى يوسف رحمه الله فى إحدى الروايتين عنه: تجب القسامة، والدية على السكان لا على المشترى الذين هم ملاك.

وفى رواية يقول: تجب على المشترى والسكان كما لو كان فى المحلة أهل خطة وسكان، وإذا وجدفى دار أحد من المشترين، فعليه القسامة والدية على عاقلته كما لو كان فى المحلة أهل خطة، وقد وجد قتيل فى دار أحدهم كانت القسامة على صاحب الدار، والدية على عاقلته، وسائر أهل المحلة براء من ذلك؛ لأن صاحب الدار هو المختص بالرأى والتدبير فى داره، فكذلك هنا -والله أعلم- .

١٩٣٢٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى رجل اشترى دارًا، فلم يقبضها من البائع حتى وجد فيها قتيلا فالدية على عاقلة من كانت الدار فى يده وهو البائع، وإن كان فى البيع خيار للبائع، فالدية على عاقلة من كانت الدار فى يده، فإن كانت فى يد البائع، فعلى عاقلة البائع، وإن كانت فى يد المشترى، فعلى عاقلة المشترى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا لم يكن فى البيع خيار فالدية على عاقلة المشترى، وإن كان فيه خيار، فالدية على عاقلة الذى يصير الدار له.

والأصل أن أبا حنيفة رحمه الله يعتبر لوجوب الدية على العاقلة اليد الحقيقية؛ لأن بها تثبت القدرة على الحفظ، وهما يعتبران الملك، هما يقولان: وجوب الدية على العاقلة إنما كان؛ لأنهم صاروا جناة بترك الحفظ، وإنما ينسب إلى ترك الحفظ من جعل الشرع إليه الحفظ، وحفظ الشيء إنما يملك بملك الرقبة، فيكون المالك هو المقصر،

فيصير قاتلا تقديرًا، ولأبى حنيفة رحمه الله أن القدرة على الحفظ حقيقة باليد يكون إلا أن الملك سبب اليد، فيقام مقام اليد، فالملك كالخلف فى الحفظ، واليد كالأصل، ولا شك أن اعتبار الأصل عند التعارض أولى من اعتبار الخلف، ألا ترى أن اليد بدون الملك يقدر الإنسان على الحفظ، والملك بدون اليد لا يقدره على الحفظ، فكانت اليد هى الأصل، فأما فى البيع بشرط الخيار هما لما اعتبر الملك دون اليد والملك موقوف بين أن يصير للمشترى، وبين أن يعود إلى البائع توقف الحكم بتوقف الملك كما فى صدقة الفطر، وعنده لما كان المعتبر هو اليد يجب على من يده، ولا ينظر إلى الثانى -والله أعلم-.

١٩٣٢٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": دار نصفها لرجل وعشرها لآخر ولآخر ما بقى، فوجد فيها قتيل، فهو على رؤوس الرجال، والأصل فى جنس هذه المسائل: أن ما يجب من الدية باعتبار الملك يعتبر فيه عدد الملاك، ورؤوسهم دون تفاوت الملك حتى إن القتيل متى وجد فى دار بين اثنين أثلاثًا، فالدية تجب بينهما نصفين، وهذا لأن وجوب الدية على الملاك باعتبار تقصيرهم فى الحفظ الذى لزمهم بالملك، وولاية الحفظ لا تختلف بتفاوت الملك، ومتى وجبت الدية باعتبار النسبة يعتبر فيه عدد النسبة دون عدد الرؤوس، حتى إذا وجد فى مسجد قتيل، أو فى محلة اختطها ثلاث قبائل تجب الدية عليهم أثلاثًا، ولايعتبر فيه عدد الرؤوس؛ لأن وجوب ذلك بسبب التقصير فيما لزمهم من حفظ المسجد، وهم فى حق ذلك على السواء -والله أعلم-.

١٩٣٢٧- قال محمد فى "الجامع": دار مملوكة لأحد عشر رجلا عشرة منهم من بكر ابن وائل[1] وواحد منهم من قيس، فوجد فى هذه الدار قتيل، فديته على أحد عشر جزءً: عشرة أجزاء منها على عاقلة بنى بكر بن وائل، وجزء واحد على عاقلة قيس لما قلنا: إن المعتبر فى الملك عدد الملاك، والملاك أحد عشر.

وكذلك دار بين بكر بن وائل وبين قيس أثلاثًا، فوجد فيها قتيل، فالدية على عواقلهم أثلاثًا، وهذا الذى ذكر قول محمد رحمه الله، ورواه عن أبى حنيفة رحمه الله،

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: "من بنى بكر".

وروى عن أبى يوسف رحمه الله بخلاف هذا، فإنه قال فى دار بين تميمى وهمدانيين وجد فيها قتيل : فعلى التميمى : نصف الدية، وعلى الهمدانيين : نصف الدية، قال : وإنما هذا على عدد القبائل بمنزلة قتيل يوجد بين قريتين هو بينهما سواء فى القرب، فعلى أهل كل قرية : نصف الدية، ولا ينظر إلى عدد أهل القريتين.

وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله : فى دار بين تميمى وبين أربعة من همدان وجد فيها قتيل، فالدية بينهما نصفان، وعند محمد تجب الدية أخماسًا.

١٩٣٢٨ - وإذا وجد قتيل بين قريتين هو فى القرب إليهما على السواء، وفى إحدى القريتين ألف رجل، وفى الأخرى أقل من ذلك، فالدية على القريتين نصفان بلا خلاف.

١٩٣٢٩ - وقال أبو يوسف رحمه الله فى قتيل وجد بين ثلاث دور : دار تميمى وداران لهمدانيين وهن جميعًا فى القرب على السواء، فالدية نصفان، واعتبر القبيلة دون القرب.

١٩٣٣٠ - وإذا وجد القتيل فى دار بين ثلاثة نفر، فالقسامة على عواقلهم جميعًا أثلاثًا، وتمام الخمسين فى الكسر على أى العواقل شاء ولى القتيل، وليس له أن يختار جميع الخمسين من عاقلة أحدهم، معنى المسألة أنا إذا جعلنا الخمسين أثلاثًا ينكسر الحساب إذ يصيب[1] كل عاقلة ستة عشر يمينًا، يبقى هناك سهمان، فولى القتيل يختار لذلك من أى العواقل شاء.

١٩٣٣١ - قال فى "الجامع" أيضًا : محلة أو مسجد اختطها ثلاث قبائل : إحداها : بكر بن وائل وهم عشرون رجلا، والأخرى : بنى قيس وهم ثلاثون رجلا، والأخرى : بنى تميم وهم خمسون رجلا، فوجد فى هذه المحلة قتيل أو فى هذا المسجد قتيل، فالدية تجب على القبائل أثلاثًا على كل قبيلة ثلثها؛ لما مر أن المعتبر فى المسجد والمحلة النسبة، والنسبة إلى القبائل الثلث هنا على السواء، فلهذا كانت الدية عليهم أثلاثًا.

وكذا لو كان من إحدى القبائل رجل واحد لا غير فعلى عاقلته ثلث الدية وعلى

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل و"م": "إذ نصيب".

القبيلتين الباقيتين ثلثا الدية؛ لما مر أن المعتبر فى المسجد والمحلة عدد القبائل، والقبائل هنا ثلاثة، فانقسمت الدية أثلاثًا لهذا، وإن كان الرجل من غير القبيلتين إلا أنه حليف لإحدى القبيلتين كانت الدية على القبيلتين نصفين، ولا شىء على قبيلة الحليف؛ لأن الحليف بالمخالفة انقطع من قبيلته، وكان لا يستنصر، ولا يستعين بقبيلته، وأما يستنصر، ويستعين بحلفاءه، وعاقلة الرجل من يستنصر، ويستعين به لا عشيرته وأقرباءه، ولهذا قلنا: بأن أهل الديوان إذا جمعهم راية واحدة وقائد واحد، فجنى واحد منهم، كان عقله على أهل ديوانه لا على أهله وعشيرته؛ لأنه لما ضم نفسه إليهم كان يستعين بهم لا بعشيرته، فكذا الحليف يكون عقله على حلفاءه، وإليه أشار عليه السلام فى قوله: «حليف القوم منهم»[1]، فقد جعل الحليف معدودًا فى حلفاءه، فصارت المحلة والمسجد منسوبًا إلى قبيلتين لا غير -والله أعلم-.

١٩٣٣٢- قال فى "الجامع" أيضًا: محلة اختطها ثلاث قبائل، وبنوا فيها مسجدًا، فاشترى رجل من غير القبائل الثلاث دور أحد القبائل حتى لم يبقَ من أهل القبيلة البائعة أحد، ثم وجد قتيل فى المحلة، أو فى المسجد كانت الدية أثلاثًا ثلثها على عاقلة المشترى، وثلثاها على القبيلتين الباقيتين؛ لأن المشترى قام مقام القبيلة البائعة فى حق نسبة المحلة إليه إذ لم يبقَ من قبيلة البائعة أحد فى حق نسبة المحلة إليه، ولهذا المحلة فى الحال ينسب إلى المشترى وإلى القبيلتين الباقيتين.

وإذا قام مقام القبيلة البائعة فى حق نسبة المحلة إليه صار كأنه اختط معهم، فإن كان المشترى لتلك الدور رجل واحد من إحدى القبيلتين الباقيتين كانت الدية نصفين على القبيلتين الباقيتين؛ لأن النسبة إلى القبيلة البائعة قد بطلت إذا لم يبقَ من القبيلة البائعة أحد، وبقيت النسبة إلى القبيلتين، فيقسم الدية عليهما نصفان لهذا، وإن اشترى

---

(١) أخرجه الطبرانى فى "الكبير" ١٧/ ١٢ حديث (٢) والهيثمى فى "مجمع الزوائد" ١/ ١٩٥ و٥/ ١٩٤، وذكره ابن حجر فى "الفتح" ٦/ ٥٢ و٨/ ٦٤٣، والمناوى فى "فيض القدير" ٣/ ٣٩٧ وبلفظ: "ابن أخت القوم منه" فقط، أخرجه أبو نعيم الأصفهانى فى "المسند المستخرج على صحيح مسلم" ٣/ ١٢٢ حديث (٢٣٦٠) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٥/ ٣١٨ حديث (٢٦٤٨٣) وعبد الرزاق أيضًا فى "مصنفه" ٢/ ٦٣ حديث (٢٤٩٩) والبزار أيضًا فى "مسنده" ٨/ ٧٣ حديث (٣٠٦٩) والطبرانى فى "الأوسط" ٣/ ٨٣ حديث (٢٥٦٣) وسعيد بن منصور فى "كتاب السنن" ٢/ ٣٧٢ حديث (٢٩٠٠).

رجل من غير تلك القبائل دور القبيلتين، وباقي المسألة بحالها، فالدية نصفان، نصفه على عاقلة الرجل المشترى، ونصفه على عاقلة القبيلة البائعة؛ لأن حكم النسبة إلى القبيلتين قد انقطع، وصارت القبيلتان بمنزلة القبيلة الواحدة لقيام المشترى مقامهم فى نسبة المحلة والمسجد إليه، والنسبة فى حق الواحد مما لا يتصور تعددها، فصار هذا المشترى فى حق نسبة المحلة بمنزلة القبيلة الباقية، فلهذا كانت الدية نصفين.

وإن اشترى رجل من غير هذه القبائل دور القبائل كلها، ثم باع دور إحدى القبائل من قوم شتى، فالدية على عاقلة المشترى الأول مادام له من تلك الدور شيء؛ لأن المشترى الأول لما اشترى دور القبائل صار قائمًا مقام أرباب الخطة، وحصلت المحلة له وانتقلت النسبة إليه، فما دام قائمًا فى هذه المحلة كان من اشترى شيئًا من هذه المحلة دخيلا فى حقه تبعًا له، فلاينسب المحلة إلى المشترى الثانى مادام الأول قائمًا، فصار الثانى مع الأول فى حق هذا الحكم كالعدم، ألا ترى أن رجلا لو اشترى من أهل الخطة بعض دورهم يجعل المشترى معهم فى حق هذا الحكم كالعدم، فكذا مع من قام مقام أهل الخطة.

ولو كان المشترى للدور كلها باع دور إحدى القبائل من الذى كانت لهم، أو أقالها معهم، أو رد عليهم بعيب بغير قضاء، ثم وجد فى المحلة، أو فى المسجد قتيل، فالدية على عاقلة المشترى، وإن كان رده عليهم بالعيب بقضاء قاضٍ، فعلى عاقلة المشترى نصف الدية، وعلى عاقلة التى ردت عليهم النصف؛ لأن فى الوجه الأول لم يعد إليهم قديم ملكهم فى المحلة فى حق عاقلتهم؛ لأن عاقلتهم ثالثهم، والرد بهذه الأسباب فى حق الثالث بمنزلة بيع مبتدأ، وفى الوجه الثانى عاد إليهم قديم ملكهم فى حق عاقلتهم، فصار كأنه لم يوجد منهم هذا البيع، ولو لم يوجد بأن اشترى المشترى دور القبيلتين لا غير كانت الدية على عاقلة القبيلة الباقية، وعلى عاقلة المشترى نصفان، كذا هنا -والله أعلم-.

١٩٣٣٣- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": قتيل مر فى الفرات بين قريتين، فلا شيء على أحد؛ لأن وجوب الدية والقسامة لأجل التقصير فى الحفظ بعد وجود الحفظ، والفرات ليس فى ملك أحد ولا يده حتى يجب عليه الحفظ، فيصير جانيًا

بترك الحفظ، هكذا ذكر المسألة فى "الجامع الصغير".

١٩٣٣٤- وذكر فى "الأصل": وإذا وجد الرجل قتيلا فى نهر يجرى فيه الماء، فهذا على وجهين: إما أن يكون نهرًا عظيمًا كالفرات ونحوه، أو صغيرًا لقوم معروفين، فإن كان نهرًا عظيمًا كالفرات ونحوه، فهذا على وجهين: إما إن كان يجرى به الماء، أو كان محتبسًا على شط من شطوطه لا يجرى موضع انبعاث الماء لهذا النهر فى دار الشرك أو فى دار الإسلام.

فإن كان يجرى به الماء وموضع انبعاث الماء فى دار الشرك، فدمه هدر، سواء كان يجرى فى وسطه أو فى شطه، أما إذا كان يجرى فى وسطه فظاهر؛ لأن الموضع الذى يجرى فيه الميت ليس تحت يد أحد، وأما إذا كان يجرى فى شطه لأنه تعذر إيجاب القسامة والدية على أهل الشط الذى ظهر فيه القتيل إذا كان الماء يجرى بالقتيل، وإن كان هذا الشط تحت رأيهم وتدبيرهم، فإنهم يأخذون منه الماء ويغرسون الأشجار ويشرعون فى الماء؛ لأن الماء إذا كان يجرى به علمنا أنه ليس قتيل هذا الشط الذى وجد فيه، وإنما هو قتيل مكان آخر، فقد تعذر إيجاب القسامة، والدية على أهل الشط الذى وجد فيه القتيل، وتعذر إيجاب الدية فى بيت المال إذا كان انبعاث الماء فى دار الشرك، وإن كان عامة المسلمين مما ينتفعون بمثل هذه الأنهار، فيكون تحت أيديهم؛ لأنه إذا كان موضع انبعاث الماء فى دار الشرك والماء تجرى، ولعل هذا قتيل ذلك المكان أجرى إلى هذا المكان، وذلك المكان تحت أيدى المسلمين، فلايتيقن بكونه قتيلا فى مكان أيدى المسلمين لامحالة إذا كان موضع انبعاثه فى دار الشرك، فتعذر إيجاب ديته فى بيت المال بخلاف ما لو وجد فى فلاة ينتفع به المسلمون على ما هو المذكور فى بعض الكتب أن الدية تجب على بيت المال؛ لأن الموضع الذى وجد فيه القتيل تحت يد عامة المسلين وتحت رأيهم وتدبيرهم فكان على عامة المسلمين دية القتيل، فأما هنا لم يتيقن أنه قتيل مكان تحت أيدى المسلمين لامحالة إذا كان موضع انبعاث الماء فى دار الشرك، وستأتى مسألة الفلات بعد هذا بخلاف ما ذكر ههنا.

وأما إذا كان موضع انبعاث الماء فى دار الإسلام تجب الدية فى بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء فى أيدى المسلمين، فسواء كان القتيل مكان انبعاث الماء أو مكان آخر

دون ذلك، فهو قتيل مكان ذلك المكان تحت أيدى المسلمين وتصرفهم، فتجب ديته فى بيت المال، وهذا بخلاف الدابة إذا كان عليها قتيل، وهى تسير فى المحلة، فإن الدية تجب على أهل المحلة، وفى الماء لا تجب الدية على أهل الشط الذى وجد فيه القتيل، وإن كان ذلك تحت أيديهم لأنه ليس لانبعاث الدابة موضع معلوم، فيجعل منبعثًا من المكان الذى وجد فيه الدابة، فيكون قتيل هذه المحلة بخلاف الماء؛ لأن موضع انبعاثه معلوم، ولعل هذا من موضع انبعاث الماء الذى ليس فى يد المسلمين، فلا يتيقن بكونه قتيلا فى مكان هو فى أيدى عامة المسلمين.

هذا إذا كان النهر عظيمًا كالفرات ونحوه والماء يجرى به، فأما إذا كان محتبسًا على شط من شطوطه لا يجرى به الماء، فهو على أقرب القرى والأرضين من هذا الشط؛ لأنه إذا كان محتبسًا لا يجرى به الماء، لم يتيقن بكونه قتيل مكان آخر، فجعل قتيل هذا المكان لامحالة، وهذا المكان تحت أيدى أقرب القرى إليه، فإنهم يأخذون منه الماء، ويشرعون فى الماء، ويغرسون الأشجار عليها، فكانت القسامة عليهم كما لو وجد بين قريتين، وإنه أقرب إلى أحدهما.

قالوا: وهذا إذا كان أقرب القرى إلى هذا الشط بحيث يسمع الصوت منه حتى يجب عليهم الغوث والنصرة، وأما إذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت حتى لا يجب عليهم الغوث والنصرة، فإنه لا يجب عليهم شىء، وإنما يجب فى بيت المال لأنه تحت يد عامة المسلمين إذا كانوا ينتفعون به، بخلاف ما إذا كان يجرى به الماء؛ لأنا تيقنا أنه قتيل مكان آخر انتقل إلى هذا المكان، فكان بمنزلة ما لو عاينا انتقال قتيل من محلة إلى محلة أخرى لا يجب على المحلة التى انتقل إليها القتيل قسامة ولا دية، فكذلك هنا.

وأما إذا كان نهرًا صغيرًا لأقوام معروفين، فإنه تجب القسامة على أصحاب النهر، والدية على عواقلهم، وإن كان انبعاث ماء الفرات فى دار الشرك؛ لأنه إذا كان النهر لأقوام معروفين، فهذا النهر تحت أيديهم ورأيهم وتدبيرهم، وإنه منسوب إليهم، وكان بمنزلة المحلة، ولو وجد قتيل فى محلة كانت الدية والقسامة عليهم فكذلك هنا.

فإن قيل: يحتمل أنه احتمله من موضع انبعاث الماء الذى هو فى دار الشرك، فلا يتيقن أنه قتيل هذا المكان إذا كان تجرى به الماء.

قلنا : سقط احتمال هذا الاعتبار لما انقطع نسبة هذا الماء إلى الفرات ، وقد انقطع نسبة هذا الماء إلى الفرات حتى لو حلف لا يشرب من الفرات فشرب من هذا النهر لا يحنث فى يمينه ، وإذا انقطع نسبته إلى الفرات كان هذا قتيل هذا النهر لا قتيل الفرات الذى انبعاث ماءه من دار الحرب .

١٩٣٣٥- وإذا وجد قتيلا فى سوق المسلمين أو فى مسجد جماعتهم ، فهو فى بيت مال المسلمين . قالوا : أراد بهذا أسواق الطرق ، فإنها ليست مملوكة لأحد ، إنما هى للعامة فى يد السلطان ، فأما إذا كان سوقًا مملوكًا لقوم بأعيانهم فالقسامة والدية عليهم كما لو وجد فى المحلة ، وإراد بالمسجد المسجد الجامع أو مسجد جماعة تكون فى سوق هو لعامة المسلمين ؛ لأن التدبير فى مثل هذا المسجد للإمام الذى هو نائب عن عامة المسلمين ، لا إلى أهل السوق ، فأما إذا كان مسجد محلة فهو على أهل المحلة ؛ لأن تدبيره إلى أهل المحلة ، لا إلى الإمام الذى هو نائب عن جماعة المسلمين .

ثم إنما وجب الدية فى بيت مال المسلمين إذا وجد القتيل فى مكان هو فى يد عامة المسلمين ؛ لما روى أن شيخًا وجد قتيلا فى المسجد الحرام فى الزحام[1] فى زمن عمر رضى الله عنه ، فوداه عمر رضى الله عنه من بيت المال .

وقد روى : أن رجلا وجد قتيلا بعرفات فى الزحام ، فقال عمر رضى الله عنه : أثبتوا بالبينة على قاتله ، فقال على رضى الله عنه : يا أمير المؤمنين المسلم لا يبطل دمه إن وجدت له قاتلا وإلا فأدّ ديته من بيت المال ، فقال عمر رضى الله عنه : أصبت ووداه ، وصار هذا أصلا لنا أن القتيل متى وجد فى مكان هو تحت يد عامة المسلمين أن ديته تجب فى بيت المال ، ولو وجد فى مكان هو فى يد قوم خاص وجبت الدية تعظيمًا لأمر الدم ، فكذا إذا وجد فى مكان هى فى يد عامة المسلمين ولا تجب القسامة ؛ لأن القسامة إنما عرف وجوبها بالنص ، والنص إنما أوجب القسامة إذا وجد القتيل فى مكان خاص لأقوام معروفين ، ولم توجد القسامة إذا وجد فى مكان هى فى أيدى عامة المسلمين ، فإن عمر وعليًا رضى الله عنهما إنما أوجبا الدية فى قتيل يوجد فى مكان هى تحت يد عامة

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى غيرها "الرخام" .

المسلمين وتحت رأيهم وتدبيرهم، ولم توجب الدية والقسامة[١]، فأتبعنا الشرع فى الموضعين.

١٩٣٣٦- فى "المنتقى": إذا وجد قتيل فى صف من السوق، فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون فى حوانيتهم فدية القتيل عليهم، وإن كانوا لا يبيتون فى حوانيتهم، فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت، قال: وهذا قول أبى يوسف رحمه الله، وذكر بعد هذا، وقال أبو يوسف رحمه الله: فى القتيل يوجد فى السوق الدقة[٢] للسلطان، ولا يبيت فيها من سكانها أحد يختار الولى من أهل تلك السوق خمسين رجلا، فيقسمون، ثم يجعل الدية على بيت المال؛ لأن ملكها للمسلمين، وكذلك لو وجد القتيل فى المسجد الحرام من غير زحام، وإن قتل بين زحام الناس فى المسجد أو بعرفة أو بغيرها، فالدية على بيت المال من غير قسامة، هذه الجملة من "المنتقى".

١٩٣٣٧- وفيه أيضًا: وكل قتيل يوجد فى المسجد الجامع ولا يدرى من قتله، أو قتله رجل من المسلمين، ولكن لا يدرى من هو، أو زحمه الناس يوم الجمعة فقتلوه ولا يدرى من هو، فهو على بيت المال كما تكون على أهل المحلة إذا وجد فيها، وكذلك لو رآه الحاكم فى المسجد الجامع قتله رجل بالسيف ولا يدرى من هو، فهو على بيت المال.

وفيه أيضًا: إذا وجد القتيل فى مسجد، إن كان المسجد فى قبيلته، فهو على عاقلة القبيلة، وإن كان لا يعلم لمن المسجد وإنما يصلى فيه غرباء، فإن كان يعلم الذى اشتراه وبناه كان على عاقلته القسامة والدية، وإن كان لا يعرف من بناه كان على عاقلة أقرب الدور منه، إن كان درب غير نافذ ومصلاهم واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذين فى الدرب.

وفيه أيضًا: إذا وجد القتيل فى قبيلة فيها عشرة مساجد، فهو على القبيلة كلها، وإذا لم يكن قبيلة، فهو على أصحاب المحلة، قال: وأهل كل مسجد محلته.

وفى "البقالى": وإذا وجد القتيل فى وقف المسجد، فهو كوجوده فى المسجد حتى لو وجد القتيل فى وقف المسجد الجامع كانت الدية فى بيت المال، والمسألة صارت

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "ولم توجب الدية فى القسامة".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "الرقبة".

واقعة بسمرقند، وإن كان الوقف على قوم معلومين، فالدية والقسامة عليهم.

١٩٣٣٨- وإذا وجد القتيل فى فلاة من الأرض، فليس فيه شىء، هكذا قال فى "الأصل"، وذكرنا مسألة الفلاة على سبيل الفرق قبل هذا.

وذكرنا أن فيه الدية فى بيت المال، فصار فى المسألة روايتان، كان ينبغى على رواية الأصل أنه يقال: إنه تجب الدية فى بيت المال، كما فى مسألة المسجد الجامع والسوق التى للعامة، والمعنى الجامع بينهما أن الفلاة على ملك عامة المسلمين، ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله قال: فيمن أحيا أرضًا من الفلاة بغير إذن الإمام أنه لا يملك ذلك، فثبت أنه باق على ملك عامة المسلمين، فصار كالمسجد والسوق، فوجب أن يجب فيه الدية أيضًا.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده: تأويل هذه المسألة إذا كان فلاة انقطع عنها منفعة المسلمين؛ لأنه إذا انقطع عنها منفعة المسلمين لا يكون تحت أيديهم ورأيهم وتدبيرهم، فأما إذا كان فلاة لم تنقطع عنها منافع المسلمين فإنه تجب الدية فى بيت المال؛ لأنه يكون تحت أيديهم ورأيهم وتدبيرهم، فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بين الفلاة وبين المسجد؛ لأن المسجد الجامع فى يد العامة، ولو كان الفلاة فى يد العامة تجب الدية أيضًا على ما ذكره شيخ الإسلام، والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى أجرى مسألة الفلاة على إطلاقها كما ذكرها محمد رحمه الله فى الأصل، وفرق بين الفلاة والمسجد الجامع.

والفرق أن المسجد الجامع والسوق بقرب من المسلمين، فيمكنهم أن يصونوه عن مثل هذا، وإذا لم يصونوه فقد صاروا جناة، فقلنا: إنه تجب عليهم الدية، وأما الفلاة فهى بعيدة منهم، فلا يمكنهم أن يصونوها عن مثل هذا، فلا يكون عليهم فى مثل ذلك شىء، والدليل على الفرق بينهما أنه لو حفر بئرًا فى سوق المسلمين، أو وضع حجرًا حتى تعلق به إنسان فمات، فإنه تلزمه الدية، وبمثله لو فعل ذلك فى الفلاة فى غير الطريق لم يكن عليه ضمان ذلك، فدل أنهما قد يفترقان.

١٩٣٣٩- وفى "المنتقى": إذا وجد قتيل على الجسر أو على القنطرة، فذلك على بيت المال، وإن وجد القتيل فى بعض هذه الطرق العظام التى ليس يملكها أحد وإنما هى لجماعة المسلمين، فإن الدية على أدنى أهل المحال التى يشرع إلى هذا الطريق.

١٩٣٤٠ - وفيه أيضًا : إذا وجد القتيل فى مثل خندق مدينة أبى جعفر ، فهو بمنزلة أهل الطريق الأعظم على قرب المحال إليه ، فإن وجد فى أرض ليست ملكًا لأحد جزيرة أو فلاة من الأرض ، فعلى أدنى القرى إليه من يسمعهم الصوت ، فإن لم يكن حوله من القرى من يسمع الصوت من عند القتيل إلى القرى فدمه هدر .

١٩٣٤١ - وإذا جرح الرجل فى قبيلة أو أصابه حجر لا يدرى من رماه فشجه ، فلم يزل صاحب فراش حتى مات ، فعلى الذين أصيب فيهم الدية والقسامة ؛ لأن هذا قتيل وجد فى محلة أو قبيلة لا يدرى من قاتله ، فتجب القسامة على أهل القبيلة ، والدية على عواقلهم .

وإن لم يصر صاحب فراش وكان صحيحًا يذهب ويجيء ، ثم مات ، فلا شيء فيه على أهل المحلة الذى جرح فيها ، وذلك لأن أهل المحلة صاروا جارحين له حكمًا لما جرح فى المحلة ولا يدرى من جارحه ، فيعتبر بما لو باشروا جرحه كان الجواب على هذا التفصيل ، فكذا هذا ؛ لأن الموت لا بد له من مرض يتقدمه ، فمتى صار صاحب فراش عقيب الجراحة ، ومات ، علمنا أن مرض الموت حدث من الجراحة ، وكان مضافًا إليه مع حكمه ، وهو الموت ، وإذا كان صحيحًا يذهب ويجيء ما حدث من مرض الموت بعد ذلك لا يمكن أن يحال إلى الجراحة ، وقد تخلل بينهما صحة ، فجعل ميتًا حتف أنفه ذكر المسألة فى الأصل من غير ذكر خلاف .

وذكر المسألة فى "المنتقى" وزاد فيها ، فحمل إلى أهله ، وذكر أن على قول أبى حنيفة رحمه الله : إذا لم يزل منها صاحب فراش حتى مات ، فعلى أهل المحلة الدية والقسامة ، وإن كان يجيء ويذهب ، ويخرج ثم مات ، فلا ضمان ، ولا قسامة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا شيء فيه إذا حمل إلى أهله حيا وهو قول ابن أبى ليلى .

١٩٣٤٢ - وفيه أيضًا : رجل معه جريح وبه رمق ، حمله رجل إلى أهله ، فمكث جريحًا يومًا أو يومين ، ثم مات ، فلا ضمان على الذى كان فى يده عند أبى يوسف رحمه الله ، وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله : هو ضامن ، وهذا بناء على المسألة الأولى ؛ لأن يد هذا بمنزلة المحلة ، فصار وجوده جريحًا فى يد هذا بمنزلة وجوده جريحًا فى المحلة .

١٩٣٤٣- وإذا وجد قتيل فى عسكر ، والعسكر قد نزلوا فى الأرض ، فهذا على وجهين : إما أن نزلوا فى ملك خاص لرجل ، أو نزلوا فى موضع مباح لا يملكه أحد ، وكل وجه من ذلك على وجهين : إما أن نزلوا قبائل متفرقين ، أو نزلوا جملة مختلطين ، وقد وجد القتيل فى فسطاط أحدهم ، أو فى خيمة أحدهم ، أو وجد خارج الخيمة والفسطاط ، فإن كانوا نزلوا فى ملك خاص لرجل ، فالقسامة والدية على مالك هذا المكان ، سواء وجد قتيلا فى الخيمة والفسطاط أو خارج الخيمة نزلوا قبائل متفرقين أم نزلوا جملة مختلطين ؛ لأن العسكر فى هذا المكان بمنزلة السكان ، والقسامة والدية على المالك لا على السكان .

وهذا الجواب لا يشكل على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، فإنهما يقولان : بوجوب الدية والقسامة على الملاك لا على الساكن فى الدار والمحلة ، فكذا هذا .

وإنما الإشكال على قول أبى يوسف رحمه الله على الرواية التى قال : يجب على الساكن ، لا على الملاك فى المحلة والدار جميعًا ، وهنا يقول : يجب على الملاك لا على الساكن .

ووجه الفرق له ظاهر ، وهو أن العسكر نزلوا هذا المكان للانتقال لا للقرار ، وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة فكأنهم مارّون ، فأما الساكن فى الدار والمحلة إنما نزل للقرار لا للانتقال ، فإذا كان هذا السكنى للقرار ، لا للانتقال لا بد من اعتباره ، فتجب القسامة والدية على الساكن لا على المالك ؛ لما ذكرنا .

فأما إذا نزلوا فى موضع مباح ، فهذا على وجهين : إما أن نزلوا قبائل قبائل أو مختلطين جملة ، فإن نزلوا قبائل قبائل إن وجد هذا القتيل فى خيمة أحدهم أو فسطاط أحدهم ، فإنه تجب القسامة والدية على صاحب الخيمة والفسطاط ؛ لأن الرأى والتدبير فى الخيمة والفسطاط إلى صاحبهالا يشاركه فى ذلك أحد ، فيشبه من هذا الوجه الدار فى محلة يوجد فيها قتيل ، وهناك القسامة والدية تجب على صاحب الدار لا على المحلة فكذلك هنا .

فأما إذا وجد خارج الخيمة فى قبيلة ، فإنه تجب القسامة والدية على القبيلة التى

وجد فيها القتيل ؛ لأنهم لما نزلوا قبائل فى أماكن مختلفة صاروا بمنزلة المحال المختلفة فى المصر ، وفى المصر إذا وجد قتيل فى محلة تجب الدية والقسامة على أهل المحلة التى وجد فيها القتيل ؛ لأن الرأى والتدبير فى تلك المحلة إليهم دون غيرهم فكذلك هذا ، ألا ترى أنه ليس لغيرهم إزعاجهم من هذا المكان ، فإن وجد بين القبيلتين ، فإن كان القتيل إلى القبيلتين على السواء ، تجب القسامة والدية عليهما ، وإن كان إلى أحدهما أقرب ، فعلى أقربهما كما لو وجد بين المحلتين أو القريتين .

١٩٣٤٤ - هذا إذا نزلوا قبائل قبائل ، فأما إذا نزلوا مختلطين جملة فى مكان واحد إن وجد القتيل فى خيمة أحدهم أو فسطاط أحدهم ، فعلى صاحب الخيمة والفسطاط ؛ لما ذكرنا ، وإن وجد خارج الخيام ، فعلى أهل العسكر كلهم ؛ لأنهم لما نزلوا جملة فى مكان واحد صارت الأمكنة كلها بمنزلة محلة واحدة ؛ لأن الأمكنة كلها منسوبة إلى جميع العسكر ، لا إلى بعضهم على الخصوص ، وإن كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم من الكفرة ، فأجلوا عن قتيل مسلم ، فلا قسامة فى القتيل ولا دية ، وإن كان لا يدرى من قتله .

وكذلك إذا كانت الطائفتان مسلمتان ، لكن إحدى الطائفتين باغية ، والأخرى عادلة ، وأجلوا عن قتيل من أهل العدو ، فلا دية فى القتيل ولا قسامة ، وإن كان لا يدرى من قتله . فرقوا بين هذا وبينما إذا قتل الفريقان من المسلمين فى عصبية ، ثم أجلوا من قتيل ، ولا يدرى من قتله كالكلاباذى والدور الذكى ببخارى ، فإنه تجب القسامة والدية على أهل المكان الذى وجد فيه ، وجعل قتيل المكان الذى وجد فيه ، ولم يجعل قتيل عدوه الذى قاتل معه ، والمسلمون إذا قاتلوا مع المشركين ، فأحلوا[1] عن قتيل من المسلمين لم توجب القسامة والدية على أهل المكان الذى وجد فيه ، ولم يجعل قتيل المكان الذى وجد فيه ، وإنما جعل قتيل العدو فى الموضعين جميعًا إذا كان لا يدرى من قاتله ، احتمل أن يكون قتيل المكان واحتمل أن يكون قتيل العدو .

ووجه الفرق بينهما أن المقاتلة إذا وقعت بين المسلمين وأجلوا عن قتيل فى مكان فى دار الإسلام ولا يدرى من قتله ، احتمل أن يكون قتيل المشركين ، واحتمل أن يكون

(١) وكان فى الأصل فقط "أجلوا"

قتيل المكان الذى وجد فيه ، ألا ترى أنه ترجح احتمال أنه قتيل المشركين حملا لأمر المسلمين على الصلاح ، ولهذا جعل شهيدًا ، وجعل فى حق الشهادة قتيل المشركين لا قتيل المسلمين ، إذ لو جعل قتيل المسلمين لا يكون شهيدًا ؛ لأنه يستحق الدية على أهل ذلك المكان ، والشهيد من يكون عوض دمه على الله تعالى ، قال الله تعالى : ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ﴾[1] الآية ، فكذلك ههنا ، فإذا ترجح هذا الاحتمال حملا لأمر المسلمين على الصلاح سقط اعتبار الاحتمال الآخر ، وتعيين هذا قتيل أهل الشرك .

فأما فى قتيل الفريقين من المسلمين عصبية كالكلاباذى والدورازكى احتمل أن يكون القتيل قبل أهل المكان الذى وجد فيه ، واحتمل أن يكون قتيل عدوه ، ولم يمكن ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر ؛ لأنه إلى أى الأمرين أحلنا القتل عليه لم يكن فيه حمل أمر المسلمين على الصلاح ؛ لأن كلا الفريقين مسلمان ، وإذا لم يترجح أحد الاحتمالين على الآخر بقى حال القتيل مشكلا احتمل أن يكون قتيل عدوه الذى يقاتل معه إلا أن إيجاب القسامة على أهل المكان حال وقوع الشك فى القاتل جائز ، ورد به النص ، ولم يرد النص بالقسامة والدية على غير أهل المكان الذى وجد القتيل حال وقوع الشك فى القاتل ، فلهذا وجب الدية والقسامة على المكان الذى وجد فيه القتيل ، ولم يجب على عدده الذى قاتله فى هذا المكان .

ثم فى مسألة الدورازكى مع الكلاباذى إذا ادعى ولى القتيل على الفريق الآخر أنهم قتلوه ، أو على رجل منهم بعينه أنه قتله يبرأ أهل المحلة عن الدية والقسامة ، ولكن لا يثبت القتيل على أولئك إلا بحجة ؛ لأن مجرد الدعوى لا يصلح سببًا للاستحقاق ، أما يصلح حسبًا لبراءة الغير فيثبت براء أهل المحلة بمجرد الدعوى على غيرهم ، ولا يثبت القتل على ذلك الغير إلا بحجة بخلاف ما إذا عينوا رجلا من أهل المحلة ، فإن الدية والقسامة على أهل المحلة فى الشرع على حالها ، ولم يتضمن ذلك براءتهم ؛ لأن وجوب القسامة على أهل المحلة فى الشرع دليل على أن القاتل منهم ، وتعين الولى واحدًا منهم لا ينافى هذا الأمر لأنه منهم ، وتعيين غيرهم ينافى ذلك ؛ لأن ذلك بيان أن

---

(١) سورة التوبة : الآية ١١١ .

القـاتل ليس منهـم، وهـم إنما يغـرمون إذا كـان القـاتل منهم تقديرًا، ولم يثبت ذلك عند تعيين الولى غيرهم.

وروى عن أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : أن القسامة تسقط، وكذلك فى مسألة الدورازكى مع الكلاباذى إذا عـرف القـاتل، فـلا دية ولا قسـامـة فى القـتل على أهل المحلة، ولكن ينظر إن قتله القاتل دافعًا عن نفسه حين قصد قتله بالسلاح فلا شىء على القاتل، وإن قتله لا فى حال قصده إليه لا يجب القصاص، ولكن تجب الدية، ذكر فى فصل وجوب الدية السيد الإمام أبو شجاع فى "شرح الجامع الصغير" فى مسألة قوم أجلوا عن قتيل.

١٩٣٤٥- وإذا وجد الرجل قتيـلا على دابة يسوقـها رجل، أو يقـودها، أو كـان راكبها، فهو على الذى مع الدابة هكذا ذكر محمد رحمه الله، ولم يفصل بينما إذا كان للدابة مالك معروف، وبينما إذا لم يكن بل أطلق الجواب إطلاقًا.

من مـشايخنا رحـمـهم الله من قـال : هذا إذا لـم يكن للدابة مـالك معـروف، وإنما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق، فأما إذا كـان للدابة مـالك معروف، فإنه يجب على مـالك الدابة، وهذا لأنه مـتى لم يكن للدابة مـالك مـعروف، فـالمالك من حيث الظاهر الذى فى يده الدابة، ألا ترى أنه لو ادعى أن الدابة دابته، كـان القـول قـوله، فإذا كـان ذو اليد مالكًا من حيث الظاهر، فالقسامة والدية تجب عليه بظاهر ملكه، فإذا أراد أن يحوله إلى غيره لا يقدر كما فى الدار إذا أقر الذى فى يده الدار أن الدار لغيره، ولم يكن المقر له مالكًا معروفًا للدار لا يصدق ذو اليد، فأما إذا كان مالك الدابة معروفًا، فإنه تجب الدية والقسامة على مالك الدابة لا على الذى فى يده الدابة كما فى الدار، فعلى ما قالوا : لا يقع الفرق بين الدابة والدار.

ونظير هذا مـا قال محـمد رحمه الله فى كتاب العتاق : إن الرجل إذا استولد جارية فى يده، ثم أقر أنها لفلان إن كـان المقر له مالكًا معروفًا لهذه الجارية صدق المستولد، ولم تصر أم ولد له، وإن لم يكن المقر مالكًا معروفًا للجارية لم يصدق؛ لأنهـا صارت أم ولد له من حيث الظاهر، فكذلك هذا فمن حمل المسألة على هـذا التأويل، لا يحـتاج إلى الفرق بين هذا وبين الدار.

ومنهم من قال: سواء كان للدابة مالكًا معروفًا أو لم يكن، فإن القسامة تجب على الذى فى يده الدابة، والدابة على عاقلته، وظاهر إطلاق الجواب فى الكتاب يدل على هذا، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين الدار، فإنه فى الدار تجب القسامة، والدية على مالك الدار لا على الساكن الذى فى يده الدار عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهنا أوجب القسامة على الذى فى يده الدابة، لا على مالك الدابة.

ووجه الفرق ما بينا، وفرق آخر أن العبرة فى هذا الباب للتصرف والرأى والتدبير، والتصرف فى الدار، والرأى والتدبير فيها يكون للمالك؛ لأنه لا يتصور انقطاع يده عن ذلك؛ لأنه وإن آجرها، فالمؤنة تكون على المالك، فتكون القسامة عليه، فأما التصرف فى الدابة والرأى والتدبير إلى من فى يده؛ لأن زوال يد صاحب الدابة عن الدابة موهوم بالإجارة، وكذلك بالانفلات، فتكون القسامة على الذى الدابة فى يده لهذا قالوا، وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الأصول: أنه كان يفصل الجواب فى الدابة تفصيلا، ويقول: بأن هذا هكذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشمًا مختفيًا سرًا؛ لأن الظاهر أنه هو القاتل إذا كان يسوقها على هذا الوجه.

فأما إذا كان يسوقها غير محتشم نهارًا جهارًا، فلا شىء عليه؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه، أو أحدًا من أقاربه ميتًا، وينقله من بلدة إلى بلدة ليدفنه فيه، وظاهر حاله فى السوق يدل عليه، فلا نجعله قاتلا، فإن لم يكن مع الدابة أحد، فهو على أهل المحلة؛ لأنه إذا لم يكن مع الدابة أحد فالدابة فى يد أهل المحلة، ألا ترى لو ادعوا أن الدابة دابتهم كان القول قولهم، وإذا كانت الدابة فى يد أهل المحلة كانت القسامة والدية على أهل المحلة بخلاف ما إذا كان مع الدابة سائق؛ لأنها فى يد السائق لا فى يد أهل المحلة حتى لو وقعت المنازعة بين أهل المحلة وبين السائق، كان القول قول السائق: إن الدابة دابته.

ويجىء هذا التفصيل الذى ذكرنا فى السائق، وهو أنه إنما يجب على أهل المحلة إذا لم يكن للدابة مالك معروف، فأما إذا كان لها مالك معروف، فإنه يجب على مالك الدابة كما لو كانت الدابة فى يد السائق، وعند بعضهم تجب القسامة والدية على أهل المحلة فى الحالين، كما لو كانت الدابة فى يد السائق والقائد -والله أعلم-.

وأما إذا وجد قتيل فى السفينة : فالجواب فيه كالجواب فى الدابة . منهم من قال : إنما تجب على الراكب دون المالك إذا لم يكن للسفينة مالك معروف ، فأما إذا كان له مالك معروف يجب على مالك السفينة . ومنهم من قال : بأنه فى الحالين يجب على الذين كانت السفينة فى أيديهم لا على مالك السفينة ، وإطلاق محمد رحمه الله الجواب يدل على هذا ، والسفينة والدابة سواء ؛ لأنه نص فى الموضعين ، فتكون العبرة فيهما لمعنى النص ، ولأنه لايتصور زوال يد المالك عن السفينة كما لا يتصور زوالها عن الدابة ، فصارت السفينة نظير الدابة من هذا الوجه .

١٩٣٤٦- وإذا وجد الرجل قتيلا فى دار نفسه قال أبو حنيفة رحمه الله : بأنه لا يهدر دمه وتجب ديته على عاقلته ولا تجب القسامة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : بأنه يهدر دمه ولا شيء على عاقلته .

وجه قولهما فى ذلك : إن غيره لو وجد قتيلا فى داره جعل صاحب الدار قاتلا له حكمًا بملك الدار حتى وجبت القسامة والدية على صاحب الدار ، فإذا وجد هو قتيلا بنفسه يجعل قاتلا نفسه حكمًا بملك الدار إلا أنه لو باشر قتل أجنبى لم يهدر دمه ، ولو باشر قتل نفسه هدر دمه ، ولم يجب على عاقلته شيء ، فكذا إذا جعل قاتلا حكمًا يعتبر القتل الحكمى بالحقيقى فى الموضعين .

والدليل على صحة هذا ما قالوا فى المكاتب إذا وجد قتيل فى داره : هدر دمه ؛ لأن غيره لو وجد قتيلا كان قاتلا له حكمًا بملك الدار ، فإذا وجد هو قتيلا جعل قاتلا نفسه حكمًا بملك الدار ، والمكاتب متى قتل نفسه هدر دمه ، فكذا هذا .

١٩٣٤٧- وهذا بخلاف ما لو وجد أحد من أهل المحلة قتيلا فى المحلة ، فإنه لا يهدر دمه وتجب القسامة على أهل المحلة ، والدية على عاقلتهم كما لو وجد أجنبى قتيلا فى المحلة ، فقد سويا فى حق المحلة بينما إذا وجد الأجنبى قتيلا فى المحلة ، وبينما إذا وجد واحد من أهل المحلة قتيلا فى المحلة ، وفرقا فى الدار بينما إذا وجد أجنبى فيها قتيلا ، وبينما إذا وجد صاحب الدار ، وذلك لأن أهل المحلة ما ضمنوا إذا وجد الأجنبى قتيلا فيها ؛ لأنهم صاروا قاتلين له حكمًا حتى إذا وجد واحد منهم قتيلا يهدر دمه ، وأما ضمنوا لتركهم حفظ المحلة عن القتل ، والرأى والتدبير فى إسباب المحلة إليهم بدليل أن

المرأة والمكاتب من أهل المحلة لا يضمنوا شيئًا، ولو جعلوا قاتلين لوجب على الكل، فإذا وجد واحد منهم قتيلا، فقد وجد من الباقين ترك الحفظ، فصاروا ضامنين. فأما الدار إذا وجد فيها أجنبى إنما ضمن صاحب الدار؛ لأنه صار قاتلا له حكمًا بملك الدار لا بترك الحفظ بدليل أن صاحب الدار إذا كان مكاتبًا أو امرأة وجب الضمان، فإذا وجد صاحب الدار قتيلا يجعل قاتلا نفسه أيضًا حكمًا بملك الدار إلا أن من قتل نفسه حقيقة هدر دمه، فكذا إذا صار قاتلا نفسه حكمًا وجب أن يهدر دمه، ولكن هذا الفرق مشكل عندى.

وأبو حنيفة رحمه الله احتج فى المسألة بما روى أن رجلا كان يلعب بسيفه على فرسه، فقتل نفسه، فأوجب عمر رضى الله عنه الدية على عاقلته، فإيجاب عمر رضى الله عنه الدية على عاقلته، وقد تيقن بقتله نفسه يكون إيجابًا على عاقلته حال وقوع الإشكال؛ لأنه قتيل نفسه أم قتيل غيره من طريق الأولى، واحتج أيضًا بما روى أن النبى ﷺ أنه قال: «لا يترك فى الإسلام دم معرج»[1] ذكر المعنى هذا الحديث فى الكتاب، وقال: معناه لا يترك فى الإسلام دم بغير دية لم يفصل.

واختلف عبارة المشايخ فى المعنى لأبى حنيفة رحمه الله فى المسألة من مشايخنا من قال: بأن هذا قتيل وجد فى دار غيره، فلا يهدر دمه قياسًا على ما لو وجد فيها أجنبى، وإنما قلنا: إنه وجد فى دار غيره؛ لأنه حين ظهر القتل كانت الدار للورثة.

فإن قيل: كان يجب أن يكون الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلته، وقد قال فى الكتاب: يجب على عاقلة القتيل.

قلنا: تأويله إذا كان عاقلة المقتول وعاقلة الوارث واحد، فأما إذا اختلف عواقلهما فإنه يجب على عاقلة الورثة لا على عاقلة المقتول، وهو اختيار الفقية أبى بكر الرازى، قيل: هذه الطريقة لا تقوى، وذلك لأن العبرة فى إيجاب القسامة والدية لحال الجرح لا لحال الموت، والجرح وجد فى الدار والدار دار القتيل لا دار الورثة، واعتبر هذا بمن وجد جريحًا فى محلة، فانتقل إلى محلة أخرى، ومات فيها، فإنه تجب القسامة والدية على أهل المحلة التى وجد جريحًا فيها لا على المحلة التى مات فيها، والدليل

(١) هذا الحديث لم يوجد.

عليه أن أبا حنيفة رحمه الله لم يوجب القسامة فى هذه المسألة، ولو جعلت الورثة قاتلين له بملك الدار لوجب القسامة على الورثة؛ لأن الدار ملكهم حين وجد فيه القتيل.

وكذلك يشكل بالمكاتب إذا وجد قتيلا فى داره، فإنه يهدر دمه، وإن مات عن وفاء وحين ظهر كانت الدار لورثته، فالطريق الصحيح لأبى حنيفة رحمه الله أن الدار فى حق صاحب الدار كالمحلة فى حق أهل المحلة؛ لأنه يجب على صاحب الدار القسامة والدية على عاقلته إذا وجد قتيل فى داره، كما يجب على أهل المحلة إذا وجد فيها قتيل، ثم رأينا أنه فى حق أهل المحلة سوى بين ما إذا وجد فيها أجنبى قتيلا، أو واحدًا من أهل المحلة، فلم يهدر دم القتيل فى الحالين تعظيمًا لأمر الدم، فكذا فى الدار وجب أن يستوى بينهما إذا وجد فيها أجنبى، وبينما إذا وجد صاحب الدار، أو وجد فيها أجنبى لم يهدر دمه تعظيمًا لأمر الدم، ووجب الدية على عاقلة صاحب الدار، فكذا إذا وجد فيها صاحب الدار، وجب أن لا يهدر دمه تعظيمًا لأمر الدم، وتجب ديته على عاقلته.

وفى المكاتب سوى أبو حنيفة رحمه الله أيضًا بينما إذا وجد هو قتيلا فى داره، وبينما إذا وجد غيره قتيلا فى داره إلا أنه إذا وجد غيره قتيلا، لا يجب الدية على العاقلة؛ لأنه لا عاقلة للمكاتب، وإنما يجب عليه لأنه عاقلة نفسه، وإذا وجد هو قتيلا لو وجب الضمان وجب عليه؛ لأنه عاقلة نفسه، وقد تعذر الإيجاب عليه؛ لأنه ميت، وفى الحر إذا وجد غيره قتيلا وجب على عاقلته لا عليه، فكذا إذا وجد قتيلا يجب على عاقلته، وعاقلته فى الأحياء، فيمكن الإيجاب عليهم.

وأما الجواب عن قولهما: فإنه لو وجد قتيلا فى دار غيره جعل صاحب الدار قاتلا له حكمًا بملك الدار، فإذا وجد صاحب الدار قتيلا فيه، فإنه يجعل قاتلا نفسه حكمًا بملك الدار، قلنا: نعم، يعتبر قاتلا نفسه حكمًا بملك الدار إلا أن قتل الإنسان نفسه حكمًا لغيره مما لا يوجب هدر دم، بل تجب ديته على عاقلته كما فى المحلة إذا وجد فيها أجنبى قتيلا صار الأصول من أهل المحلة قاتلين له حكمًا؛ لما لهم من ملك الرأى والتدبير فى المحلة حتى وجبت عليهم القسامة، ووجب الدية على عواقلهم، والدية على عاقلة الإنسان لا تجب إلا بعد وجود القتل منه، وإذا وجد أحد منهم قتيلا يعتبر

قاتلا نفسه مع غيره من أهل المحلة حكمًا ؛ لما لهم من الرأى والتدبير فى المحلة ، ولهذا لو وجب بعض الدية على عاقلة القتيل والدية على عاقلة الإنسان لا يجب إلا بعد وجود القتل منه ، فدل أن القتيل إذا كان من المحلة اعتبر قاتلا نفسه حكمًا ؛ لما له من الرأى والتدبير فى المحلة ، ثم لم يوجب ذلك هدر دمه لما صار قاتلا نفسه حكمًا ، وهذا لأنه لا يجوز أن يثبت الشىء حكمًا لغيره ولا يثبت مقصودًا ، فكذلك هذا ، بل أولى ؛ لأن فى ذلك المسألة لو اعتبر قتل نفسه هدرًا ، فإنما يهدر بعض دمه ، هنا يهدر الكل .

فإن قيل : لو وجبت الدية على العاقلة لعقلت العاقلة له ، فإنه يقضى من ذلك ديونه ، وتنفذ وصاياه ، وهذا لا يجوز ؛ لأن العاقلة تعقل عن القاتل لغيره لا للقاتل .

قلنا : هذا جائز إذا كانت المطالبة بالدية يجب لغير القاتل كما لو وجد واحد من أهل المحلة قتيلا فى المحلة فإنه يجب بعض الدية على عاقلته ، فإنهم يعقلون عنه من حيث إنه يقضى ديونه ، وتنفذ وصاياه ، ولكن المطالبة لغيره وهو الورثة فجاز ، فكذلك هذا .

والمكاتب إذا وجد قتيلا فى داره لا يقول : هدر دمه بقتله نفسه حكمًا لملك الدار ، لكن تعذر الإيجاب ؛ لأنه لو وجب ، وجب عليه ؛ لأنه عاقلة لنفسه ، وإنه غير ممكن ، وهنا يمكن ؛ لأن عاقلته غيره لا هو ، ولا تجب القسامة عند أبى حنيفة رحمه الله ؛ لأن القسامة إنما تجب على القاتل الحكمى وإنه ميت لا يمكن إيجاب القسامة عليه ، فأما الدية فإنما تجب على عاقلته ، وإنهم أحياء كما فى المحلة وجبت القسامة على أهل المحلة ، والدية على عواقلهم .

قياس مسألتنا من المحلة أن لو وجد جميع أهل المحلة قتلى ، ولو كان كذلك تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة ، وهذا لأن الشرع أوجب القسامة على القاتل والدية على عاقلته -والله أعلم- .

وذكر فى "المنتقى" : عن الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله : أن من وجد قتيلا فى دار نفسه ، فليس فيه قسامة ولا دية .

وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله : أنه قال : على سكان القبيلة وعلى عاقلة المقتول ديته لورثته ، قال : وهو قول أبى حنيفة رحمه الله ، فرواية ابن أبى

مالك تخالف رواية "الأصل" ورواية الحسن بن زياد .

١٩٣٤٨ - وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم ولد، أو الذى يسعى فى بعض قيمته قتيلا فى محلة، فعليهم القسامة، وتجب القيمة على عواقل المحلة فى ثلاث سنين .

وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله : أنه لا يجب عليه شىء فى العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد، وهذا لأنه يجعل الجناية على العبيد إذا كانت موجبة للمال كالجناية على البهائم، ولهذا قال : بأنه تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو وجد دابة قتيلا فى محلة فإنه لا شىء على أهل المحلة فكذا هذا، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله العبيد فى حق الجناية عليهم موجبة للمال أم موجبة للقصاص بمنزلة الأحرار، ولهذا قال : لا تبلغ قيمته بالغة ما بلغت إذا كانت أكثر من عشرة آلاف، وتجب القيمة على العاقلة إذا كان خطأ، وإذا كان عمدًا يجب القصاص، والحر لو وجد قتيلا فى محلة فإنه تجب القسامة والدية، فكذلك هذا .

وأما معتق البعض فإنه تجب به القسامة والدية عندهم جميعًا ؛ لأنه بمنزلة حر مديون عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، والحر إذا وجد قتيلا فى محلة، فإنه يجب على أهل المحلة القسامة والدية، وعند أبى حنيفة رحمه الله هو بمنزلة المكاتب، والحكم فى المكاتب إذا وجد قتيلا فى محلة عنده هذا -والله أعلم- .

وإذا وجد العبد قتيلا فى دار مولاه، فلا شىء فيه ؛ لأن المولى صار قاتلا له حكمًا بملك الدار، فيعتبر بما لو باشر قتله، ولو باشر قتله لم يكن على المولى شىء، فكذا هذا .

قالوا : وهذا إذا لم يكن على العبد دين، فأما إذا كان على العبد دين فإنه يضمن المولى الأقل من قيمته، من الدين، وقد نص محمد رحمه الله على هذا التفصيل فى كتاب المأذون، وذلك لأن المولى لو باشر قتله فى هذه الحالة ضمن الأقل من قيمته ومن الدين للغرماء، فكذلك إذا صار قاتلا له حكمًا بملك الدار .

١٩٣٤٩ - والمكاتب إذا وجد قتيلا فى دار مولاه، فالقيمة على مولاه فى ماله يستوفى من ذلك ما بقى من مكاتبته، وما بقى، فهو ميراث ؛ لأن المولى صار قاتلا له حكمًا بملك الدار، فيعتبر بما لو باشر المولى قتله، ولو باشر قتله ضمن قيمته مؤجلا فى

ثلاث سنين يستوفى من ذلك مكاتبته، وما بقى فهو ميراث، فكذا هذا إلا أن المولى إذا باشر قتله لا يرث منه، وإن لم يكن له وارث آخر، وهنا يرث؛ لأن حرمان الميراث يتعلق بمباشرة القتل، ألا ترى أن حافر البئر لايحرم الميراث، وإن صار قاتلا حتى ضمن الدية؛ لأنه ليس بمباشر للقتل، ولم يثبت من المولى بمباشرة القتل، فلا يحرم عن الميراث بخلاف ما لو باشر قتله، ففى هذا الحكم يفترقان، فأما فى حق إيجاب الضمان، فهما يستويان.

ولو وجد المكاتب قتيلا فى دار نفسه فإنه لا شىء عليه، وهذا عندهم جميعًا، فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبين الحر إذا وجد قتيلا فى داره، وأبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين المكاتب والحر، وقد ذكرنا الفرق قبل هذا.

١٩٣٥٠- وإذا وجد فيهم دابة، أو شبه ذلك، فلا شىء عليهم، وذلك لأن القياس فى الآدمى إذا وجد قتيلا فى محلة أن لا يجعل أهل المحلة قتلته عند وقوع الشك أن القتل وجد منهم أو من غيرهم إلا أن الشرع جعلهم قتلة حالة الشك تعظيمًا لأمر الدم، وما يثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد بجعل أهل المحلة قتلته حال وقوع الشك تعظيمًا لأمر الدم لا يكون واردًا فى غير الآدمى دلالة، وليس لغير الآدمى من الحرمة ما للآدمى، وإذا لم يعتبر واردًا دلالة رد إلى ما يقتضيه القياس - والله أعلم-.

١٩٣٥١- وإذا وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب، فلا شىء على أهل المحلة، وذلك لأن الجنين لا يكون أعلى حالا من الكبير، والكبير إذا وجد ميتًا فى محلة، وليس به أثر القتل، فإنه لا يجب على أهل المحلة شىء؛ لأن القسامة عرفت شرعًا، بخلاف القياس فى القتيل لا فى الميت، والقتيل إنما يفارق الميت باعتبار الأثر، فهذا أولى، فأما إذا كان به أثر الضرب، فهذا على وجهين: إما أن يكون تاما أو ناقص الخلق، فإن كان تام الخلق، وبه أثر الضرب وجب القسامة، والدية على أهل المحلة كالكبير إذا وجد ميتًا فى محلة، وبه أثر الضرب.

فإن قيل : الكبير إذا وجد ميتًا ، وبه أثر الضرب قد تيقنا بقتله ؛ لأنا تيقنا حياته[١] إن شككنا فيمن قتله ، فأما هنا لم يتيقن بقتله ، فإنه يجوز أنه انفصل ميتًا من أمه ، ويجوز أنه انفصل حيًّا إلا أن الجواب عنه أن الجنين إذا كان تام الخلق ، فالظاهر أنه انفصل حيًّا ، فإن الظاهر والأغلب فى مستبين الخلق أن ينفصل حيًّا من أمه ، فثبت الحياة من حيث الظاهر متى كان تام الخلق ، وإذا كان به أثر القتل كان القتل ثابتًا من حيث الظاهر إلا أن القتل الثابت من حيث الظاهر يكفى لإيجاب القسامة والدية على أهل المحلة ، ألا ترى أن البائع إذا كان به أثر الضرب ، جعل قتيلا من حيث الظاهر ، إذ من الجائز أنه مات حتف أنفه لا بالضرب ، فكذا هذا .

فأما إذا كان ناقص الخلق ، فالظاهر أنه انفصل ميتًا لا حيًّا ، فلا يثبت كونه قتيلا ، لا من حيث الحقيقة ، ولا من حيث الظاهر ، وما لم يثبت كون الآدمى قتيلا ، إما باعتبار الحقيقة ، أو باعتبار الظاهر ، فإنه لا تجب القسامة والدية ، كما لو وجد الكبير ميتًا ، وليس به أثر القتل .

١٩٣٥٢- وإذا وجد الرجل قتيلا فى دار امرأة ، فإن القسامة عليها تكرر عليها الأيمان حتى تتم خمسون يمينًا ، وتجب الدية على عاقلتها فى قول محمد وأبى يوسف رحمهما الله الأول ، وفى قوله الآخر تجب القسامة والدية على عاقلتها ، ولا يكون عليها قسامة ، وقول أبى حنيفة رحمه الله نظير قول محمد رحمه الله ، وأجمعوا على أن القتيل إذا وجد فى دار صبى ، فإنه لا يكون على الصبى قسامة ، وإنما تجب القسامة والدية على عاقلته .

وجه قول أبى يوسف رحمه الله الآخر ظاهر ، وهو أن المرأة ليست من أهل العقل ، فلاتجب عليها قسامة قياسًا على الصبى لما لم يكن من أهل العقل لم يكن عليه قسامة ، ولهذا لم تجب عليها قسامة إذا وجد القتل فى المحلة ، فكذا فى الدار ، وإنما قلنا : ليست من أهل العقل لأن المرأة لا تعقل ، هكذا روى عن النبى ﷺ أنه قال : «لا يعقل صبى ولا امرأة»[٢] ، وهذا لأن العقل بالتناصر والمرأة ليست من أهل النصرة .

---

(١) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل وف "بحياته" .

(٢) هذا الحديث لم يوجد .

وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن المرأة أصل فى الرأى والتدبير فى أسباب دارها، فيجب عليها القسامة قياسًا على الرجل، وقياسًا على أصحاب الخطة فى المحلة، وإذا وجد القتيل فى المحلة إنما لا تجب عليها القسامة؛ لأنه لا رأى لها ولا تدبير فى أسباب المحلة، وأما التدبير فى أسباب دارها إليها كما فى الرجل فى داره، وبخلاف الصبى؛ لأنه ليس له رأى وتدبير فى أسباب داره، وإنما الرأى والتدبير لعشيرته، فنزل الصبى فى داره تابع ليس له رأى وتدبير فى داره بمنزلة الأجنبى بخلاف المرأة، ولأن القسامة يمين، والمرأة من أهل اليمين فى المال والنفس، فيكون من أهل القسامة كالحر البالغ بخلاف الصبى؛ لأن الصبى إن كان من أهل اليمين فى المال ليس من أهل اليمين فى النفس، فلهذا لا تجب عليه القسامة.

١٩٣٥٣- وإذا وجد فى دار عبد مأذون له فى التجارة قتيل إن لم يكن عليه دين، فالقسامة على مولاه، والدية على عاقلة المولى قياسًا واستحسانًا عندهم جميعًا؛ لأن الدار ملك المولى رقبة وتصرفًا، فأما إذا كان على العبد دين فكذلك الجواب على قولهما، وكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله استحسانًا؛ لأن دين العبد لا يمنع وقوع الملك للمولى فى كسبه، ولأن ملك العبد فيها شبهة ملك، وملك المولى فيها ملك حقيقة، والعبد مع المولى بمنزلة المستأجر مع المالك.

وقيل: هذا قياس قولهما، وفى الاستحسان لا يجب على المولى شىء؛ لأن المولى إن كان مالكًا للدار عندهما، فهو ممنوع عن التصرف فيها، فصار بمنزلة الأجنبى، وإذا لم يجب على المولى شىء تجب القسامة على العبد، ويقال للمولى بعد ما حلف: إما تدفع العبد أو تفديه؛ لأن العبد اعتبر قاتلا له حكمًا؛ لأنه أقرب إلى القتيل من غيره، وهو من أهل أن يلزمه حكم الجناية.

فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: فالقياس أن تجب القسامة على العبد، وإذا حلف، يقال لمولاه: إما أن تدفع وإما أن تفدى، وفى الاستحسان يجب على المولى القسامة والدية على عاقلته. ذكر القياس والاستحسان على قول أبى حنيفة رحمه الله إذا كان على العبد دين فى كتاب المأذون.

وجه القياس فى ذلك أن المولى كالأجنبى فى أكساب عبده المأذون المديون، فإنه

لا يملكها لا رقبة ولا تصرفًا.

وجه الاستحسان وهو أن المولى أقرب إلى هذا القتيل من غيره من قبل أنه يملك أن يجعل هذا الدار لنفسه بأن يقضي دين الغرماء، وغير المولى لا يملك ذلك إلا برضاء المولى الغريم، وغيره في ذلك على السواء -والله أعلم-.

١٩٣٥٤- وإذا وجد في دار المكاتب قتيل، فعلى المكاتب الأقل من قيمته ومن دية القتيل؛ لأن المكاتب اعتبر قاتلا له حكمًا على ما مر، فيعتبر بما لو قتله حقيقة، ولو قتله حقيقة كان الجواب كما قلنا، فكذلك هنا. وهل تجب عليه القسامة؟ لم يذكر هذا في الكتاب، ولا شك على قول أبي حنيفة رحمه الله: إنها تجب كما لو وجد قتيل في دار المرأة، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: اختلف المشايخ، بعضهم قالوا: لا تجب على قوله الآخر؛ لأن المكاتب ليس من أهل العقل، فصار نظير المرأة، ومنهم من قال: تجب عليه القسامة بخلاف المرأة.

١٩٣٥٥- وإذا وجد قتيل في محلة، وزعم أهل المحلة أن رجلا منهم قتله يريد به أن أهل المحلة قالوا: فلان قتله، وفلان من هذه المحلة إلا أن ولي القتيل لم يدع القتل على واحد منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية. ثم كيف يحلفون؟ على قول أبي يوسف رحمه الله يحلفون بالله ما قتلنا فحسب، ويرفع منهم، ولا علمنا له قاتلا.

وقال محمد رحمه الله: يحلفون ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا غير فلان، والفتوى على قول محمد رحمه الله؛ لأنه أحوط.

حجة أبي يوسف رحمه الله: أن فائدة الاستحلاف على العلم أن يعترفوا أنا علمنا له قاتلا، فربما يصير ذلك سببًا لثبوت القتل عليه وقد اعترفوا بذلك فلا معنى لاستحلافهم على العلم.

فأما محمد رحمه الله يقول: بأن استحلافهم على العلم مفيد لجواز أنهم عرفوا قاتلا آخر مع فلان، وإنما عيّنوا فلانًا قاتلا ليسقطوا اليمين عن أنفسهم في حق غيرهم، فيجب أن يحلفوا على العلم، ويستثنوا منه فلانًا؛ لأن الاستحلاف في حق فلان على العلم، وقد أقروا به لا يفيد، فأما يفيد في حق غيره رجاء أن يقروا بغيره -والله أعلم-

١٩٣٥٦- ومن وجد قتيلا فى السجن لا يعرف من قتله، فالدية فى بيت المال عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما هو على أهل السجن؛ لأنهم سكان، وولاية التدبير إليهم وأبو حنيفة رحمه الله يقول: أهل السجن مقهورون لا يتناصر بعضهم ببعض، فلا يتعلق بهم ما يجب لأهل النصرة، ولأن منفعة السجن تعود إلى عامة المسلمين؛ لأن السجن بنى لاستيفاء حقوقهم، ودفع الضرر منهم، فصاروا أخص بتصرفه. وفى "المنتقى" ذكر قول محمد رحمه الله مع قول أبى حنيفة رحمه الله.

١٩٣٥٧- وإذا كانت الدار مفرغة وهى مقفلة فوجد فيها قتيل، فالقسامة والدية على عاقلة رب الدار، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله؛ لأن أبا حنيفة ومحمد رحمهما الله يعتبران الملك بدون السكنى، فصار وجود السكنى وعدمه سواء، وأبو يوسف رحمه الله يرجح السكنى على الملك عند الاجتماع، وإذا لم يكن ثمة سكنى يعتبر الملك.

١٩٣٥٨- ولو أن رجلين كانا فى بيت ليس معهما ثالث، وجد أحدهما مذبوحًا، قال أبو يوسف رحمه الله: ضمن الآخر الدية، وقال محمد رحمه الله: لا أضمنه، محمد رحمه الله يقول: يحتمل أن القتيل قتل نفسه، ويحتمل أن يكون قتيل الآخر، فلا أضمن بالشك، وأبو يوسف رحمه الله يقول: بأن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه، وكان التوهم ساقطًا، كما لو وجد قتيلا فى محلة، فإنه لم يلتفت إلى هذا التوهم -والله أعلم-.

١٩٣٥٩- وإذا وجد قتيلا فى محلة، وادعى ولى القتيل على أحد من غير أهل المحلة أنه قتله، وشهد له بذلك شاهدان عدلان إن شهد له بذلك شاهدان عدلان من غير أهل المحلة التى وجد فيها القتيل، فإنه يقبل شهادتهما، ويقضى بالقتل على المدعى عليه قتله، ويبرأ أهل المحلة التى وجد فيها القتيل عن الدية والقسامة؛ لأن المدعى أثبت ما ادعى من القتل بشهادة عدلين خلت شهادتهما عن التهمة، فصار الثابت بشهادتهما كالثابت معاينة، ولو عاينا أن المدعى عليه قتله لم يكن على أهل المحلة دية ولا قسامة، فكذا هذا.

وإن شهد له بذلك شاهدان عدلان من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل، قال أبو

حنيفة رحمه الله : لا تقبل شهادتهم حتى لا يثبت القتل بشهادتهم على المدعى عليه قتله إلا أنه يبرأ أهل المحلة عن القسامة والدية كما لو ادعى القتل على رجل من غير أهل المحلة، ولم يقم على ذلك بينة .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : تقبل شهادتهم ويقضى بالقتل على المدعى عليه قتله .

وحاصل الكلام فى هذه المسألة يرجع إلى أن أهل المحلة هل صاروا خصمًا بوجود القتيل بين أظهرهم قبل دعوى الولى عليهم أم لم يصيروا خصمًا قبل دعوى الولى القتيل عليهم، وكانوا بعرض أن يصيروا خصمًا، فعند أبى حنيفة رحمه الله صاروا خصمًا بمجرد وجود القتيل بين أظهرهم، ثم خرجوا عن الخصومة بدعوى ولى القتيل القتل على واحد من غير أهل المحلة، ومن صار خصمًا فى حادثة لا تقبل شهادته فى تلك الحادثة وإن خرج عن الخصومة، عرف ذلك فى موضعه، ولهذا قالوا : إن الوكيل باالخصومة إذا خاصم، ثم عزل عن الخصومة، فشهد لموكله فيما خاصم لا تقبل شهادته؛ لأن بالعزل إن خرج عن الخصومة فيما بقى من الخصومة من المستقبل، ففيما خاصم بقى خصمًا؛ لأن عزل الوكيل إنما يعمل فيما لم يمتثل من الأمر، فأما فيما امتثل لا يعمل، فبقى خصمًا، وشهادة الخصم لا تقبل .

وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لم يصيروا خصمًا بمجرد وجود القتيل بين أظهرهم، بل هم بعرض أن يصيروا خصمًا بأن يدعى ولى القتيل القتل عليهم أو على بعضهم، بل كانوا بعرض أن يصيروا خصمًا، ومن كان له عرضية أن يصير خصمًا، ثم زالت العرضية قبلت شهادته كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة، فإنه تقبل شهادته؛ لأنه شهد بما كان بعرض أن يصير خصمًا فيه، وكالشفيع إذا شهد على البائع بالبيع للمشترى، وقد سلم الشفعة قبل الطلب، فإنه تقبل شهادته؛ لأنه كان بعرض أن يصير خصمًا إذا طلب، وقياسًا على الموصى له بالثلث إذا شهد بموت الموصى حال وقوع الإشكال فى موته، وقد رد وصية قبلت شهادته؛ لأنه شهد بما كان بعرض أن يصير خصمًا فيه بأن يقبل الوصية، فإذا زالت العرضية بالرد قبل شهادته، فكذا هنا .

فوجه قولهما : إن صيرورة الإنسان خصمًا فى حادثة، إنما يثبت بأحد أمرين : إما

بحقيقة الخصومة فى تلك الحادثة بأن يخاصم، أو يخاصم معه كالوكيل بالخصومة إذا خصم، أو بوجوب الحق عليه إن لم توجد الخصومة كالبائع إذا شهد بتسليم الشفعة على الشفيع للمشترى بعد ما سلم الدار إلى المشترى، وإنه لا تقبل شهادته وإن لم يوجد، فخاصمه الشفيع معه؛ لأنه صار خصمًا للشفيع بنفس البيع، فإنه يلزمه التسليم بنفس البيع إلى الشفيع متى كان الدار فى يده، وطلب الشفعة منه، ولم يوجد واحد من الأمرين فى مسألتنا، لم توجد حقيقة المخاصمة، فإن ولى القتيل لم يخاصمهم، ولاوجب عليهم حق بمجرد وجود القتيل بين أظهرهم؛ لأن الذى يجب هنا الدية والقسامة، ولم يجب عليهما الدية والقسامة للمولى بمجرد وجود القتيل بين أظهرهم؛ لأن القياس أن لا تجب عليهم الدية والقسامة لاحتمال أن القتيل كان من غيرهم إلا أنا أوجبنا ذلك بالنص، والنص أوجب ذلك بوجود القتيل وبدعوى المدعى، فما لم يوجد الدعوى، لا يعتبر الحق واجبًا عليهم، وإذا كانوا كذلك لم يصيروا خصمًا بحقيقة المخاصمة ولابوجوب الحق عليهم؛ لكن كانوا بعرض أن يصيروا خصمًا بدعوى ولى القتيل القتل عليهم، وقد بطلت هذه العرضية بدعوى ولى القتيل القتل على غيرهم، قبلت شهادتهم كما فى المسائل التى ذكرناها.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن صيرورة الإنسان خصمًا كما يثبت بحقيقة المخاصمة يثبت بوجوب الحق عليه بدليل مسألة الشفعة التى مرت، قلنا: وبوجود القتيل بين أظهرهم وجبت الدية والقسامة عليهم بدليل قول عمر رضى الله عنه: "إنما حصنتم دماءكم بأيمانكم، وإما غرمتم الدية لوجود القتل بين أظهرهم"[1]، والحكم يدل عليه، فإنا أجمعنا على أنه متى ادعى ولى القتيل القتل على أهل المحلة، فالدية والقسامة واجبة على أهل المحلة، ولا يجوز أن يضاف الوجوب إلى الدعوى؛ لأن الدعوى لا أثر له فى الاستحقاق علمنا أن الوجب كان لوجود القتيل بين أظهرهم، وإذا وجبت القسامة والدية عليهم بوجود القتيل بين أظهرهم صاروا خصمًا فى هذه الحادثة فلا تقبل شهادتهم.

١٩٣٦٠- وهذا بخلاف الوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة؛ لأن الوكيل

(١) ما وجد.

ثمة لم يصر خصمًا؛ لأنه لم يوجد منه الخصومة حقيقة، وبنفس التوكيل لم يجب عليه حق، وبخلاف مسألة الشفعة؛ لأن الشفيع لم يصر خصمًا قبل الطلب؛ لأنه لم يخاصم حقيقة، ولا يثبت له حق قبل الطلب؛ لأن حق الشفيع إنما يثبت بالطلب على ما قال عليه السلام: «الشفعة لمن طلبها»[1]، وبخلاف الموصى له بالثلث؛ لأنه لم يصر خصمًا قبل القبول؛ لأنه لم يخاصم حقيقة، ولا يثبت له حق قبل القبول؛ لأن حق الموصى له إنما يتم بالقبول، فقبل القبول الثابت له ملك موقوف، وسبب الخصومة له الملك، وإذا كان موقوفًا لم يكن سبب الخصومة ثابتًا له على البتات، فلم يكن خصمًا -والله أعلم-.

١٩٣٦١- وفى "نوادر المعلى": عن أبى يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله: فى قتيل يوجد فى محلة فيها قبيلتان يحلف من قبيلة خمسون رجلا.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يحلف من كل قبيلة خمسة وعشرون رجلا، قال هشام: وقد سمعت أبا يوسف رحمه الله قبل قوله هذا بزمان فى قتيل أصيب فى دار بين رجلين من محلتين مختلفتين أنه يحلف من عاقلة كل واحد منهما خمسون رجلا، ثم يغرمون الدية.

١٩٣٦٢- وفى "نوادر هشام" قال: سمعت محمدًا رحمه الله يقول: إذا وجد قتيل فى محلة، وادعى أولياء عليهم، وأقام أهل المحلة البينة أنه قتله فلان الرجل من غير محلتهم، أو أنه جاء جريحًا حتى تسقط فى محلتهم، ومات قال: يبرؤون عن الدية، فإن ادعى أولياء الدم قتل رجل بعينه وأقاموا البينة على ذلك، فأقام المدعى عليه البينة أن فلانًا قتله لرجل آخر قال: لاأقبل هذه البينة؛ قال: لأن هذا تهاتر، وإنما افترق هذا والأول؛ لأن هذا لا يلزمه الدعوى إلا ببينة، وأهل المحلة يلزمهم من غير بينة، هذا كله إذا وجد القتيل وبه أثر القتل نحو الجرح والضرب، أما إذا وجد ميتًا ولم يكن به أثر القتل كالجرح وغيره لا شىء فيه؛ لأنه يجوز أنه مات حتف أنفه.

وكذلك لو وجد بعض البدن كاليد أو الرجل، أو وجد أقل من النصف، فلا قسامة فيه ولا دية، وإن وجد أكثر من النصف تجب القسامة والدية، وإن وجد النصف

---

(١) هذا الحديث لم يوجد.

إن كان معه الرأس تجب القسامة والدية، وما لا فلا، وإن كان النصف مشقوقًا[١] لا شيء فيه، هذه الجملة من "شرح الطحاوي".

وفي الفتاوى الصغرى لو خرج الدم من أنفه أو الدبر أو الذكر لا يكون قتيلا، ولو وجد في المعركة هكذا يغسل، ولو خرج الدم من العين أو الأذن يكون قيتلا، وإن خرج من الفم إن كان من أعلى الجوف كان قتيلا، وإن نزل من الرأس فلا، وأجناس هذه المسائل في "الزيادات".

١٩٣٦٣- وفي "مجموع النوازل": إذا وجد رجل قتيلا في دار ابنه وقد كان قال: قبل موته وهو مجروح قتلني فلان، فقد أبرأ عاقلة ابنه من الدية إلا أنه لا يبطل عن الابن ما عليه من ذلك إذا كان من أهل العطاء خمسة دراهم، أو أقل من ذلك.

١٩٣٦٤- وفيه أيضًا، وإذا وجد الضيف في دار المضيف قتيلا، فهو على رب الدار عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان نازلا في بيت على حدة، فلا دية، ولا قسامة، وإن كان مختلطًا، فعليه الدية والقسامة -والله أعلم-.

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل "متفرقًا".

الفصل الثاني عشر
فيمن يأمر غيره بالجناية على الغير أو على نفسه

١٩٣٦٥- الأصل في مسائل هذا الفصل: أن ضمان الفعل[1] لا يختلف باختلاف صفات الفاعلين؛ لأنه مبني على تحقق الفعل، والفعل يتحقق من الكل بصفة واحدة، فلا يفرق بين الصغير والكبير، والمحجور والمأذون في ضمان الأفعال بخلاف ضمان القول حيث يختلف باختلاف حال القائل؛ لأنه يبتني على صحة القول، وصحة القول باعتباره شرعًا، فإنما يجب على من يصح منه القول شرعًا. وأصل آخر، وهو أن المأمور بمجرد الأمر لا يصير ملجئًا مضطرًا، حتى لا ينتقل فعله إلى الآمر، وبالإكراه يصير ملجئًا مضطرًا حتى ينتقل فعله إلى المكره.

والفرق بين الإكراه والأمر عرف في إكراه الأصل، وأصل آخر، وهو أن النسب إلى الإتلاف إذا كان تعديًا، فهو ملحق بحقيقة المباشرة في حق حكم الضمان.

١٩٣٦٦- قال محمد رحمه الله في "الزيادات": رجل حر أمر صبيًا حرًا بقتل رجل، فقتله، فعلى عاقلة الصبي الدية؛ لأن القتل يتحقق من الصبي حسب تحققه من البالغ، وبمجرد الأمر لم يصر ملجئًا مضطرًا، فبقي فعله مقصورًا عليه، فيؤاخذ به كما في البالغ إلا أن عمد الصبي وخطؤه سواء للقصور في قصده وغرمه، وموجب قتل الخطأ الدية على العاقلة في ثلاث سنين.

ثم عاقلة الصبي ترجع بما لزمهم على عاقلة الآمر؛ لأنه بالأمر بالقتل صار مسببًا للقتل؛ لأن الصبيان يهابون القتل، ولا يتجاسرون عليه إلا بحمل الغير إياهم لضعف قلوبهم، فهو بهذا الأمر أثبت له نوع قوة وجراءة، فكان مسببًا[2]، وهو متعد في هذا التسبيب إلا أن تسبيبه اتصل بالمأمور دون المقتول، فلم يجب الضمان على عاقلته بسبب القتل، بل وجب على عاقلة القاتل بطريق التحمل عن القاتل، ثم عاقلة القاتل يرجعون

(١) هكذا في الأصل وف وم، وكان في الأصل "الفصل".

(٢) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم "سببًا".

على عاقلة الآمر ؛ لأن الآمر هو الذى أوقعهم فى هذه الورطة بتسبيبه ، ولهذا يرجعون على عاقلة الآمر بذلك فى ثلاث سنين ، كما يغرمون ذلك فى ثلاث سنين ، وهو نظير ما قلنا : فيمن ربط بعيراً فى قطار رجل ، فقاد صاحب القطار الإبل ، فوطئ البعير رجلا ، فقتله ، تجب الدية على عاقلة صاحب القطار ، ثم يرجعون بذلك على من أدخلهم فيه ، كذا هذا .

وفى المسألة إشكال من وجهين : أحدهما : أن التسبيب إنما يعتبر إذا لم توجد المباشرة ، وقد وجدت المباشرة هنا من الصبى عن اختيار ، فينبغى أن لا يعتبر التسبيب هنا .

الثانى : أن الآمر إنما صار مسبباً بالقول ، والضمان الواجب بالتسبيب هنا وجب بالقول ، وما يجب بالقول من الضمان لا تتحمله العاقلة كما لو أقر بالقتل ، وكشهود القصاص إذا رجعوا بعد القتل .

والجواب : أما الإشكال الأول قلنا : التسبيب إنما لا يعتبر فى حق من اعتبرت المباشرة فى حقه ، ونحن لانعتبر التسبيب فى حق من اعتبرت المباشرة فى حقه ، بيانه أن المباشرة إنما وجدت بين القاتل والمقتول ، ونحن لانعتبر التسبيب فى حقهما ، بل اعتبرنا المباشرة فى حقهما حيث أثبتنا حكم المباشرة ، وهو وجوب الدية على عاقلة القاتل ، وإنما يعتبر السبيب بين عاقلة الصبى وبين عاقلة الآمر حتى كان لعاقلة الصبى حق الرجوع على عاقلة الآمر ، ولايعتبر المباشرة فى حق هذا الحكم أصلا .

وأما الإشكال الثانى قلنا : ليس هذا نظير الإقرار وشهود القصاص ؛ لأن الإقرار يحتمل الصدق والكذب وهو متهم فى العاقلة ، فلا يصدق فى حق العاقلة ، وكذا شهود القصاص متهمون فى الرجوع فى حق العاقلة حتى لو انتفت التهمة بأن جاء المشهود بقتله حيّاً يجب الدية على عواقلهم كما ذكره الطحاوى ، أما هنا الآمر إنما صار مسبباً بالأمر ، وإنه إنشاء فعل معاين لا يتمكن فيه التهمة كإنشاء القتل ، فيثبت فى حق العاقلة فوجب الدية على العاقلة لهذا .

١٩٣٦٧- وإذا أمر الحر عبداً كبيراً أو صغيراً مأذوناً أو محجوراً بقتل رجل ، ففعل يخير مولى العبد بين الدفع والفداء ؛ لأن المملوك أقدم على القتل عن اختيار ، وبمجرد

الأمر لا ينتقل فعله إلى الآمر، فبقي مقصوراً، فيجب موجبه، وموجب جناية المملوك ما قلنا: ثم يرجع المولى على الحر الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن الفداء.

أما الرجوع لأن الآمر بالأمر صار مستعملا لعبد الغير، واستعمال عبد الغير غصب كالاستخدام والغصب سبب الضمان، ألا ترى أنه لو تلف في حالة الاستعمال كان ضامنًا له، فإذا لحقه جناية في حال غصبه كان عليه ضمانه كمن غصب عبد أو جنى عند الغاصب جناية، وخير مولاه بين الدفع والفداء، يرجع على الغاصب، وطريقه ما قلنا.

وأما الرجوع بالأقل لأن المولى متبرع في اختيار الزيادة ولا رجوع فيما يتبرع باختياره، ويكون ذلك في مال الآمر لا تتحمله العاقلة بخلاف المسألة الأولى؛ لأن الواجب هنا ضمان غصب، فإن المأمور عبد، والعبد محل الغصب، وضمان الغصب لا تتحمله العاقلة، أما في المسألة الأولى الواجب ضمان جناية لا ضمان غصب، وضمان الجناية تتحمله العاقلة. ولو أمر الحر مكاتبًا كبيرًا أو صغيرًا بقتل رجل، فقتله بأمره، فأمره باطل، وموجب القتل على المكاتب، لا يلزم الآمر من ذلك بخلاف ما تقدم من مسألة العبد والحر الصغير.

والفرق أن الرجوع على الآمر بحكم الجناية، ولا جناية هنا من الآمر؛ لأن الجناية إنما تتحقق بواسطة الاستعمال وإثبات اليد، وذلك لا يتحقق في حق المكاتب؛ لأن المكاتب في يد نفسه[1]، وإن كان صغيرًا كالحر الكبير؛ لأن حكم الكتابة ملك اليد والكسب، فالحكم بصحة الكتابة حكم باليد للمكاتب، فكان في يد نفسه كالحر الكبير، ألا ترى أنه ليس بمحل الغصب كالحر بخلاف العبد؛ لأنه لا يد له على نفسه، ألا ترى أنه محل للغصب، فكان محلا للجناية بواسطة الاستعمال وإثبات اليد، وبخلاف الحر الصغير؛ لأن الحر الصغير لا يد له على نفسه حقيقة ولم يوجد في حق نفسه عقد ينزله[2]، فكان محلا للجناية بواسطة الاستعمال وإثبات اليد. قال في المكاتب: ألا ترى أن من حمل صبيًا حرًا أو قربه إلى سبعة حتى افترسه السبع لايضمن شيئًا، وما افترقا إلا

(١) وكان في الأصل "في حق نفسه".

(٢) وفي م "بمنزلة" مكان "ينزله".

لما قلنا -والله أعلم-.

١٩٣٦٨- قال في "الزيادات" أيضًا: عبد محجور عليه وهو كبير أمر عبدًا محجورًا عليه كبيرًا كان أو صغيرًا بقتل رجل، فقتله وخير مولاه بين الدفع والفداء لا يرجع المولى على الآمر بشيء حتى يعتق، وإنما لا يرجع مولى القاتل على الآمر حتى يعتق؛ لأنه لو رجع عليه رجع بأمره إذا الموجود منه ليس إلا الأمر، والأمر قول، والمحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال للحال، أكثر ما فيه أن هذا ضمان غصب إلا أن الغصب هنا يتحقق بالقول، فهذا غصب من حيث إنه قول كسائر الأقوال نحو الإقرار بالدين والكفالة، وما أشبه ذلك، والمحجور لايؤاخذ بضمان الأقوال للحال للفقه الذى بينا أن ضمان القول مبنى على صحة القول، وقول المحجور ليس بصحيح شرعًا بخلاف ما إذا غصب حقيقة؛ لأن ذلك فعل، والمحجور يؤاخذ بضمان الأفعال؛ لما مر أن ضمان الفعل مبنى على تحقق الفعل، والفعل يتحقق من المحجور عليه على حسب تحققه من المأذون، فإن عتق العبد الآمر يرجع مولى العبد المأمور عليه بقيمته؛ لأن حجر العبد إنما يظهر في حق المولى لا في حق نفسه، فبقي قوله صحيحًا في حق نفسه لكن لم يؤاخذ به قبل العتق لحق المولى، فإذا زال حق المولى بالعتق يؤاخذ به بهذا الطريق، يؤاخذ بإقراره بالدين، وبكفالته بعد الحرية، فهذا الطريق موجود هنا.

وإن كان المأمور صبيًا حرًا، وباقي المسألة بحالها ضمن عاقلة الصبي الدية، ولا رجوع لهم على العبد الآمر لا في الحال ولا بعد العتاق.

وأما في الحال فلما قلنا، وأما بعد العتاق؛ لأن هذا ضمان الجناية لا ضمان غصب؛ لأن الحر ليس بمحل للغصب، وجناية العبد على المولى لا يخاطب به العبد أصلا، ألا ترى أنه لو باشر الجناية بنفسه، ثم أعتقه مولاه لم يكن العبد مطالبًا بشيء بحكم تلك الجناية، كذا هنا بخلاف المسألة الأولى؛ لأن الواجب هناك ضمان غصب، وضمان غصب يجب على الغاصب، وإنما لا يؤاخذ قبل العتق لحق المولى، وقد زال حق المولى بالعتق، ألا ترى أن العبد المحجور إذا أقر بجناية الخطأ، وكذبه المولى، ثم أعتقه المولى، لم يؤاخذ بشيء، ولو أقر بالغصب، وكذبه مولاه، ثم أعتقه المولى، أخذ به، فهذا يبين لك الفرق بينهما.

ولو كان العبد الآمر صغيراً محجوراً عليه والمأمور أيضًا صغيراً محجوراً عليه، وباقى المسألة بحالها لا يكون لمولى المأمور أن يرجع على الآمر لا فى الحال ولا بعد العتق، أما فى الحال فلما قلنا، وأما بعد العتق بخلاف البالغ؛ لأن الصغير محجور عليه فى حق نفسه لصباءه كما هو محجور عليه فى حق المولى، فلا يصح أمره فى حق نفسه كما لا يصح فى حق المولى، فكما لا يؤاخذ به للحال لا يؤاخذ به بعد العتق بخلاف البالغ؛ لأنه ليس بمحجور عليه حقًا لنفسه، فصح أمره فى حق نفسه إن لم يصح فى حق المولى، فأخذ به بعد العتق، أما هنا بخلافه.

١٩٣٦٩- عبد مأذون صغيراً أو كبيراً أمر عبداً محجوراً أو مأذونًا صغيراً أو كبيراً بقتل رجل فقتله وخير المولى بين الدفع والفداء، رجع بالأقل فى رقبة الآمر؛ لأن هذا ضمان غصب، وضمان الغصب من جنس التجارة؛ لأنه يوجب الملك فى المضمون بمقابلة الضمان، والإذن فك الحجر عن التجارات، فكما يؤاخذ بضمان سائر أنواع التجارة، فكذا بضمان هذا النوع.

ولو أمر العبد المأذون صبيّا حرّا بالقتل، فدية المقتول على عاقلة الصبى، ولا يكون لعاقلة الصبى حق الرجوع على الآمر؛ لأن هذا ضمان جناية، والعبد ليس من أهل أن يلحقه ضمان الجناية وإن كان مأذونًا، وهذا لأن الإذن فكّ الحجر عن التجارة، وضمان الجناية ليس من جنس التجارة، فصار المأذون فى حقه والمحجور سواء.

١٩٣٧٠- ولو أن حرّا صغيراً ماذونًا له فى التجارة أمر عبداً صغيراً أو كبيراً مأذونًا أو محجوراً بقتل رجل، فقتل وخير المولى بين الدفع والفداء، رجع بالأقل على الآمر؛ لأن هذا ضمان غصب، وإنه من جنس التجارة، فيؤاخذ به المأذون كما يؤاخذ بسائر أنواع التجارة. ولو أمر صبيّا حرّا مأذونًا له فى التجارة أو محجوراً بالقتل فقتل حتى وجبت الدية على عاقلة القاتل فى ثلاث سنين لا يرجعون بذلك على الآمر، ولا على عاقلته لا فى الحال ولا بعد البلوغ؛ لأن هذا ضمان جناية، وليس بضمان غصب، وضمان الجناية ليس من جنس التجارة، والصبى غير منفك الحجر عما ليس بتجارة، فصار فى حق هذا الأمر كالمحجور.

والصبى المحجور إذا أمر صبيّا بالقتل فقتل حتى وجبت الدية على عاقلة القاتل

لا يرجعون بذلك على الآمر لا في الحال ولا بعد البلوغ ؛ لأن أمره في حكم الجناية لغو ؛ لأنه قول، والمحجور لا قول له شرعًا على ما عرف.

١٩٣٧١- مكاتب صغيرًا أو كبيرًا أمر عبدًا محجورًا أو مأذونًا صغيرًا كان أو كبيرًا بقتل رجل، وقتل ودفعه مولاه، أو فداه رجع على المكاتب بقيمة العبد إلا أن تكون قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف درهم، فحينئذٍ يرجع بعشرة آلاف درهم إلا عشرة، أما أصل الرجوع على المكاتب فظاهر؛ لأن هذا ضمان غصب على ما ذكرنا، والمكاتب أهل الضمان لأنه في معنى التجارة، وأما الرجوع بعشرة آلاف إلا عشرة إن كانت قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف درهم فهو مشكل؛ لما ذكرنا أن الواجب ضمان الغصب لا ضمان الجناية حتى وجب قيمة المأمور، ولو كان ضمان جناية لوجب قيمة المكاتب، ثم جعله مقدرا وضمان الغصب لا يكون مقدرًا، بل يجب بالغًا ما بلغ، والوجه في ذلك أن يقال: بلى هذا ضمان غصب، ولكنه وجب بسبب الجناية، فاعتبرنا الغصب في حق إيجاب قيمة المأمور، واعتبرنا الجناية في حق التدبير.

ونظير هذا ما قلنا: في العبد المغصوب إذا قتل إنسانًا في يد الغاصب، ثم رده على المغصوب ودفعه المولى أو فداه يرجع على الغاصب بقيمة العبد إلا أن يكون قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف درهم، فحينئذٍ يرجع بعشرة آلاف درهم إلا عشرة كذا هذا، ويستوي أن يكون المكاتب صغيرًا أو كبيرًا؛ لأن المكاتب إنما صار من أهل ضمان التجارة بالكتابة، وفي حق حكم الكتابة الصغير والكبير سواء، فإن عجز المكاتب كان لمولى القاتل أن يتبع مولى المكاتب، ويطالبه ببيعه؛ لما ذكرنا أن هذا ضمان غصب، وضمان الغصب لا يسقط بالعجز، فإن عتق بعد ما عجز، أو قبل العجز، فإن شاء مولى العبد المدفوع اتبع المعتق بالأقل من قيمة عبده وقيمة المعتق، وإن شاء اتبع المعتق بجميع ذلك؛ لما ذكرنا أن هذا ضمان غصب وضمان الغصب لا يسقط بالإعتاق.

وإن كان المكاتب أمر صغيرًا حرًا بذلك، وغرم عاقلة القاتل دية المقتول يرجعون على المكاتب بقيمته إن كانت قيمته مثل الدية، وإن كانت أكثر يرجعون بقدر الدية؛ لأن هذا الأمر جناية من المكاتب، والمكاتب من أهل أن يجب عليه ضمان الجناية، ويكون ذلك في كسبه، وذلك الأقل من قيمته ومن الأرش على ما مر إلا أن محمدًا رحمه الله

ذكر قيمة المكاتب هنا؛ لأن قيمة المكاتب تكون أقل من الأرش غالبًا، فلهذا قال: لا يرجعون عليه بقيمته.

وإن عجز المكاتب ورد فى الرق إن كان عجز قبل أن يقضى القاضى بقيمته للعاقلة بطل حق العاقلة عن المكاتب؛ لأنه لما عجز جعل كأنه لم يزل رقيقًا، فصار كعبد قن أقر بالجناية على نفسه، وهذا لأنه إنما صار جانيًا بالأمر، والأمر قول، فصار نظير الإقرار بالجناية من هذا الوجه، والعبد إذا أقر على نفسه بالجناية لا يتبع به لا فى الحال ولا بعد العتق كذا هنا، وفى الحقيقة هذه المسألة بناء على أن القيمة لا تصير دينًا فى ذمة المكاتب بدون قضاء القاضى، فبقيت جناية محضة، وحكمها ما ذكرنا.

وإن كان عجز بعد ما قضى القاضى عليه بالقيمة للعاقلة قبل الأداء، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: بطل حقهم عنه فى الحال، وتأخر إلى ما بعد العتق، وعلى قولهما: لايبطل، بل يؤاخذ به فى الحال، أصل المسألة فى "كتاب الزيادات": المكاتب إذا أقر على نفسه بالقتل خطأ، ثم عجز، إن كان قبل قضاء القاضى عليه بالقيمة بطل حق أولياء الجناية، وإن كان بعده فعلى الاختلاف الذى ذكرنا. فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان: بأن القيمة صارت دينًا بقضاء القاضى، وصار مطالبًا بها للحال، فلا يتأخر بالعجز كضمان الغصب والاستهلاك، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لما بطلت الكتابة بالعجز صار كعبد محجور أقر على نفسه بالدين، فيؤاخذ بعد العتق[1]، فإن أعتقه المولى بعد العجز وبعد ما قضى القاضى عليه بالقيمة فعاقلة القاتل بالخيار إن شاؤوا ضمنوا المولى قيمته لا غير؛ لأنه أعتق عبدًا مديونًا، ويرجعون بالباقى على المعتق، وإن شاؤوا ضمنوا العبد.

وما ذكر أن لهم أن يضمنوا العبد قولهما؛ لأن قبل العتق لهم تضمين العبد، فالمولى أعتق عبدًا مديونًا.

وأما عند أبى حنيفة رحمه الله ليس لهم تضمين المولى إذ ليس لهم تضمين العبد للحال، فالمولى ما أعتق عبدًا مديونًا، فلهذا لا يضمن، ولو لم يعجز ولكنه أدى فعتق، وكان قبل قضاء القاضى عليه بالقيمة أو بعد القضاء فالعاقلة يرجعون عليه بالقيمة حالة؛

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "بالعتق" مكان "بعد العتق".

لأن قبل العتق يرجعون عليه فبعده وهو حر أولى إلا أنهم يرجعون بحسب أداءهم وهم يؤدون فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلث الدية، فيرجعون بحسبه فى القيمة يرجعون فى السنة الأولى بثلث القيمة، وفى السنة الثانية بثلث آخر، وفى الثالثة بثلث آخر؛ لأن القيمة تأجلت عليه، وكيف يتأجل القيمة، وإن القيمة خلف الرقبة، ولا أجل فى الرقبة، ولكن لأن الدية مؤجلة على العاقلة، ورجوع العاقلة بحكم الأداء، فإذا لم يؤدوا لا يكون لهم الرجوع.

ولو كان المكاتب أمر مكاتبًا بقتل رجل، فقتله فالجناية فى عنق القاتل، يغرم الأقل من قيمته ومن الأرش، ولا شيء على الآمر، سواء كان المكاتب المأمور صغيرًا أو كبيرًا، أما إذا كان كبيرًا لأن هذا ضمان جناية، لا ضمان غصب؛ لأن المكاتب لالتحاقه بالأحرار خرج من أن يكون محلا للغصب، فضمان الجناية لا يجب على الآمر إذا كان المأمور كبيرًا، وأما إذا كان صغيرًا فلأن المكاتب الصغير بمنزلة المكاتب الكبير فى حق الأحكام، فكذا فى حق هذا الحكم.

١٩٣٧٢- وفى "المنتقى": رجل قال لآخر: اجنِ عليّ، فرماه المامور بحجر، فجرحه جرحًا يعاش من مثله، ويسمى جانيًا، ولا يسمى قاتلا، ثم مات من ذلك، فلا شيء على الجانى، وإن جرحه جرحًا لا يعاش من مثله، فهذا قاتل، ولا يسمى جانيًا، فعليه الدية، وإن قال: اجنِ عليّ، فقتله بالسيف لم أقتص[1] منه، وجعلت عليه الدية فى ماله، وقد مر شيء من هذه المسائل فى الفصل الثانى من هذا الكتاب.

١٩٣٧٣- وفى "المنتقى" أيضًا: رجل قال لغيره: اقطع يدى على أن تعطينى هذا الثوب أو هذه الدراهم، ففعل لا قصاص عليه، وعليه خمسة آلاف درهم؛ لأن الصلح على هذا باطل، فإذا أبطلته ردته إلى دية العبد.

١٩٣٧٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: فى رجل قال لغيره: اقتل ابنى فقتله عمدًا فللأب أن يقتله، ولو قال له: اقطع يدى، فقطع، ومات منه، فعليه الدية فى ماله فى قول أبى حنيفة رحمه الله.

روى الحسن ابن زياد عن أبى يوسف رحمه الله: إذا قال لغيره: اقتل ابنى،

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ وف "اقض".

فقتله، لاقود عليه، وعليه الدية فى ماله.

ولو قال له: اقطع يد ابنى وهو صغير فقطعها، فللأب أن يقتص من اليد لابنه.

١٩٣٧٥- وفى "المنتقى" بشر عن أبى يوسف رحمه الله: رجل قال لعبد الغير: اقتل نفسك، فقتله، فعليه قيمته -والله أعلم-.

الفصل الثالث عشر
فى المسائل التى تتعلق بالصبيّان، وفى بعض مسائل العبيد

١٩٣٧٦- ذكر فى "النوازل": صبى مات فى الماء، أو سقط من سطح، فمات، إن كان ممن يحفظ نفسه، لا شيء على الأبوين، وإن كان ممن لا يحفظ نفسه، فعليهما الكفارة.

أما الأول فلأنه إذا كانت له قوة حفظ نفسه كان فى هذا كالبالغ، وأما الثانى لأن حفظه عليهما وصارا بتركه متلفين له، فوجب الكفارة عليهما إن كان فى حجرهما، وإن كان فى حجر أحدهما، فعليه الكفارة، حكاه عن نصير.

وذكر عن الفقية أبى بكر والفقيه أبى القاسم: فى الوالدين إذا لم يتعاهد الصبى، حتى سقط من السطح، أو وقع فى الماء، أو فى نار، ومات، لا شيء عليهما إلا التوبة، وقال أبونصر: عليهما الكفارة، واختار الفقيه أبو الليث: أنه لا كفارة على أحدهما إلا أن يكون سقط من يده؛ لأن الكفارة على الإنسان إنما تجب إذا اتصل فعله بالمحل، ألا ترى أن من حفر بئرًا على قارعة الطريق، فوقع فيها إنسان ومات، أو كان سائقًا أو قائدًا لدابة إنسان، فمات أنه لا كفارة عليه، كذا ههنا.

١٩٣٧٧- وذكر فى "النوازل" أيضًا: الأم إذا تركت الصبى عند الأب، وذهبت والصبى يقبل ثدى غيرها، فلم يأخذ الأب للصبى ظئرًا، حتى مات جوعًا، الأب آثم، وعليه الكفارة والتوبة، وإن كان لا يقبل ثدى غيرها، وهى تعلم بذلك، فالإثم عليها، فهى التى ضيعته وعليها الكفارة، حكاه عن نصر، وينبغى أن تكون المسألة مختلفًا فيها كالأولى.

١٩٣٧٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند": صبية بنت ست سنين حمت[1] وكانت جالسة إلى جنب النار، فخرجت الأم بعد خروج الأب إلى بعض الجيران فاحترقت

(١) وكان فى الأصل "همت".

الصبية وماتت لا دية على الأم، ولكن إن كان لها مال يعجبنى[(١)] أن تعتق رقبة مؤمنة، أو يصوم شهرين متتابعين، ويكون على ندامة واستغفار لعل الله يعفو عنها، وهذا استحباب، وأما وجوب الكفارة: فهو على ما ذكرنا قبل هذا.

١٩٣٧٩- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": رجل غصب صبيًا حرًا، فمات فى يده فجأة، أو بحمى، فليس عليه شىء، وإن مات بصاعقة، أو نهشته حية، فعلى عاقلة الغاصب الدية، هذا هو لفظ هذا الكتاب، وفى الأصل يقول: إذا غصب الرجل صبيًا حرًا، وذهب به فمات، فهذا على وجهين: إما أن مات بأمر لا يمكن التحرز والتحفظ عنه بأن أصابه حمى، وفى هذا الوجه لا ضمان على الغاصب بالإجماع.

وإما أن مات بأمر يمكن التحرز عنه بأن قتل، أو أصابه حجر، أو سقط عليه حائط، أو نزلت صاعقة من السماء، فأصابته، فقتلته، أو نهشته حية، أو أكله سبع، أو تردى من حائط أو جبل، فإن الغاصب يضمن فى قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وقال زفر والشافعى رحمهما الله: بأنه لا يضمن.

وأجمعوا على أنه لو قتل الصبى نفسه، فإنه لا ضمان على الغاصب، وفى العبد يضمن مات بأمر يمكن التحرز عنه، أو بأمر لا يمكن التحرز عنه.

وفى "المنتقى": لو مات الصبى فى يد الغاصب من حر أو برد من غير فعل الغاصب، كانت ديته على عاقلة الغاصب، وإن غصب من الغاصب، فلا يدرى أحى هو أم ميت؟ فلاشىء على الغاصب.

فأما زفر والشافعى رحمهما الله ذهبا فى ذلك إلى أن غاصب الصبى لو ضمن الصبى بهذه الأسباب، فإنما يضمن، إما بالغصب، أو بالجناية عليه، ولا يجوز أن يضمن بالغصب؛ لأن الحر لا يضمن بالغصب كالحر الكبير؛ ولأن الغاصب لا يضمن إذا مات حتف أنفه، ولو كان يضمن بسبب الغصب يضمن كما فى العبد، ولا يجوز أن يضمن بالجناية؛ لأن الجناية إما مباشرة أو تسبيب، ولم يوجد من الغاصب مباشرة جناية على الصبى، فإن حد المباشرة أن يتصل فعل الإنسان بغيره، ويحدث منه التلف كما لو جرحه، أو ضربه، فمات من ذلك، وهنا التلف لم يحدث من الفعل الذى اتصل

(١) وفى م "ينبغى".

بالصبى، وهو غصبه، وتلفه إنما حدث من فعل آخر، وهو نهش الحية، وافتراس السبع، فالمباشرة لم توجد، ولهذا لا يجب عليه الكفارة، ولم يوجد التسبيب؛ لأن حد التسبيب أن يتصل أثر فعله بغيره لا حقيقة فعله، ويتلف بذلك الأثر، وهنا التلف لم يحصل من أثر فعله، فإن أثر فعله حصول الصبى فى المكان الذى نقل الصبى إليه، هذا أثر فعله، ولم يحصل به التلف، وإنما حصل التلف بأمر آخر حدث بعد ذلك، وهذا يمنع وجوب الضمان على المسبب كما لو وقع فى البئر إنسان، فلم يمت، فوقع عليه آخر، فمات من وقوع الثانى عليه، فإنه لا ضمان على حافر البئر، وإنما يجب الضمان على الثانى، ولأنكم تقولون: بأنه إذا قتله إنسان، فإن الغاصب يضمن، ولو كان الغصب من الغاصب سببًا[1] لجناية على الصبى لكان لا يضمن المسبب مع المباشر كما فى الحافر مع الواقع، فبهذا تعلق زفر والشافعى رحمهما الله، وإنه واضح.

واختلفت عبارة مشايخنا فى هذه المسألة لعلمائنا، من مشايخنا من قال: بأن الغاصب إنما ضمن عندنا بسبب الغصب لا بالجناية، وذهب فى ذلك إلى الخلاف فى الصبى الذى لم يعبر عن نفسه لشبهه العبد[2] من وجه، والحر الكبير من وجه، أما شبه العبد من وجه فإنه مما يثبت عليه اليد كما يثبت على العبد، ولهذا قالوا: بأن ذا اليد إذا قال: هذا الصبى عبدى كان القول قوله، فمن هذا يشبه العبد، ويشبه الحر الكبير من وجه؛ لأنه ليس بمال كالحر الكبير، ولو كان بمنزلة العبد من كل وجه، كان الغاصب يضمن بالغصب، سواء هلك بفعل يمكن التحرز عنه أو لا يمكن، ولو كان بمنزلة الحر الكبير من كل وجه كان لا يضمن الغاصب بالغصب، سواء هلك بفعل يمكن التحرز عنه أو لا يمكن.

فإذا كان الذى لا يعبر عن نفسه بينهما، وفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا: لشبهه بالعبد من وجه إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه يضمن عملا لشبهه بالعبد، ولشبهه بالحر إذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه لا يضمن توفيرًا على الشبهين حظهما، وإنما سعى هذا القائل إلى إيجاب الضمان بالغصب؛ لأنه لم يوجد من الغاصب لا مباشرة الجناية ولا

(١) وفى م "تسبيبًا".

(٢) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم "بالعبد".

التسبيب من الوجه الذى قالا بخلاف الحر الكبير، والصبى الذى يعبر عن نفسه؛ لأنه مما لا يشبه العبد بوجه ما لا باعتبار المالية ولا باعتبار إثبات اليد عليه، فإنه مما لا يثبت اليد على الحر الكبير، ولا على الصبى الذى يعبر عن نفسه، ألا ترى أن ذا اليد لو ادعى أنه عبده لم يكن القول قول ذى اليد، وإنما كان القول قول الصبى، ومن سلك هذه العبارة احتاج إلى إثبات تخصيص فى حق الصبى، فإن محمدًا رحمه الله قال: إذا غصب صبيًا، ولم يفصل بينما إذا كان الصبى يعبر عن نفسه، أو لا يعبر عن نفسه، فهذا القائل متى قال: إنما يضمن إذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه، ولا يضمن إذا كان يعبر عن نفسه، فقد أثبت تخصيصًا فى جانب الصبى لم يذكر محمد رحمه الله.

ومن مشايخنا من قال: بأن الغاصب إنما يضمن عندنا بسبب الجناية على الصبى لابسبب الغصب؛ لأن الحر يضمن بالجناية عليه، ولا يضمن بالغصب إلا أنهم اختلفوا بعد هذا أن الغاصب يضمن، لأنه مباشر للجناية على الصبى، أو مسبب لإتلافه.

منهم من يقول: يضمن الغاصب؛ لأنه باشر إتلافه، وذهب فى ذلك إلى أنه وجد حدّ المباشرة للجناية من الغاصب؛ لأن حد المباشرة أن يتصل فعله بالغير، ويحدث منه التلف من حيث الحقيقة كما لو ضربه أوجرحه، وهنا اتصل الغاصب بالصبى لما غصبه، ونقل، وما حدث من التلف مضاف إلى غصبه من حيث الحكم، وإن كان حادثا من عمل آخر إذا كان مما يمكن التحرز والتحفظ عنه من حيث إن التلف بهذه الأشياء مما لا يعم الأماكن كلها، والصبى عاجز عن حفظ نفسه عن الأسباب المتلفة، وإنما يحفظه وليه، فإذا قطعه عن حفظ وليه، ولم يحفظه عما يمكن التحفظ والتحرز عنه أضيف التلف إلى غصبه وفعله من حيث الحكم، وإذا صار التلف مضافًا إلى فعله من حيث الحكم باشر الإتلاف من حيث الحكم، إن لم توجد المباشرة من حيث الحقيقة، والمباشرة من حيث الحكم كافٍ كما فى إيجاب الضمان كما فى المكره وشهود القصاص، وإذا اعتبر مباشرًا حكمًا صار كأنه ألقى الحية على الصبى حتى نهشته، أو ألقى الجدار عليه، أو وضعه بين يدى السبع حتى افترسه، ولو كان كذلك كان يضمن، فكذا ههنا، وإنما سعى هذا القاتل إلى إثبات المباشرة من الغاصب كيلا يحتاج إلى تخصيص ما.

قال محمد رحمه الله: فى حق الصبى بخلاف ما لو مات بالحمى؛ لأن حدوث

الموت بالحمى لا يجوز أن يضاف إلى غصبه، ونقله من حيث الحكم؛ لأنه مما يعم الأماكن كلها، قال الله تعالى: ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكْكُمُ الْمَوْتُ﴾[1]، ولأنه لا يمكن التحرز والتحفظ عنه، وإذا لم يجز أن يكون حدوث ما حدث من التلف مضافًا إلى غصبه لم يثبت منه المباشرة؛ لأن المباشرة أن يتصل فعله بالغير، وما حدث من التلف بعد ذلك يكون مضافًا إلى فعله إما حقيقة بأن حدث منه، أو اعتباراً بأن كان مضافًا إليه حكمًا، ولم يوجد أحد هذين، وبخلاف حافر البئر؛ لأن حقيقة فعله الذى حدث منه التلف وهو الحفر لم يتصل بالواقع فى البئر، وإنما اتصل به أثر فعله، فكان مسببًا، إذا المسبب من اتصل بالتلف أثر فعله، لا حقيقة فعله، بخلاف ما نحن فيه.

ومنهم من يقول: بأن الغاصب إنما يضمن؛ لأنه سبب للجناية على الصغير، لا لأنه مباشر، وقد ذهب فى ذلك إلى أنه لم يوجد من الغاصب حد المباشرة؛ لأن حد المباشرة أن يحدث التلف من الفعل الذى حل بالمتلف، كما فى الجراحة والضرب، وهنا التلف حصل من فعل آخر لا من غصبه ونقله، وهو نهش الحية وافتراس السبع وسقوط الحائط عليه، وإنه غير منقول إليه حتى يجعل مباشرًا؛ لأن الفاعل لذلك مختار، وليس بمكره من جهته، فحد المباشرة لم يوجد، ولكن وجد حد التسبيب؛ لأن حد التسبيب أن يتصل التلف بأثر فعله بواسطة فعل آخر، ويستقيم إضافة التلف إلى أثر فعله كما فى حفر البئر اتصل التلف بأثر فعله، وهو العمق بواسطة فعل آخر، وهو فعل الماشى، واستقام إضافة التلف إلى أثر فعله، فإنه يستقيم أن يقال: لولا أثر فعله، وهو العمق لما تلف الماشى، فكان الحفر تسبيبًا للتلف من هذا الوجه، وهذا المعنى وجد هنا؛ لأنه[2] اتصل التلف بأثر فعله، وهو حصول الصبى فى المكان الذى نقله إليه، فإنه يستقيم أن يقال: لولا حصول الصبى فى هذا المكان وإلا كان لايتلف الصبى؛ لأن هذه الصواعق التى حلت بالصبى مما لا يعم الأمكنة كلها، وإنما يوجد فى بعض المواضع، فأمكن إضافة التلف مع واسطة فعل آخر إلى أثر فعله، فكان مسببًا، والمسبب ضامن متى لم يجب الضمان على المباشر كما فى حفر البئر، بخلاف ما إذا مات من الحمى حتف أنفه؛ لأن حدوث الموت من الحمى لا يمكن أن يضاف إلى أثر فعله، وهو حصول الصبى فى

(١) سورة النساء: الآية ٧٨.

(٢) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "لأن التلف اتصل بأثر فعله".

المكان الذى نقله إليه؛ لأن الموت مما يصيبه فى الأماكن كلها، فلم يمكن أن يضاف حدوث الموت من الحمى إلى أثر فعله، والمسبب إنما يضمن إذا جاز إضافة التلف إلى أثر فعله، بأن يستقيم أن يقال: لولا أثر فعله لكان لا يتلف، ولا يستقيم أن يقال: لولا أثر فعله لكان لا يموت، وبخلاف ما لو غصب حرّا كبيرًا، ونقله إلى مكان فأصابه شيء من هذه الصواعق؛ لأنه لم يوجد من الغاصب هناك حد المباشرة ولا حد التسبيب، أما المباشرة فظاهرة، وأما التسبيب فلأن هناك لا يمكن إضافة التلف إلى أثر فعل الغاصب؛ لأن الكبير يمكنه حفظ نفسه عن الأسباب المتلفة، فإذا لم يحفظ يكون حدوث التلف مضافًا إليه لا إلى فعل الغاصب، وكان كالماشى إذا علم بالبئر ومشى كذلك حتى وقع لم يكن على الحافر ضمان؛ لأنه لما علم بالبئر أمكنه دفع الهلاك عن نفسه بأن لا يمشى على البئر، فإذا مشى وتلف مع إمكان دفع التلف عن نفسه لم يضف حدوث التلف إلى أثر فعل الحافر، وإنما أضيف إلى مشى الماشى، فكذلك هنا بخلاف الصغير؛ لأنه لا يمكنه حفظ نفسه عن الأسباب المتلفة على ما مر، وكان كالماشى على البئر إذا لم يعلم بالبئر حتى وقع، فمات ضمن الحافر، وأضيف التلف إلى أثر فعله لما كان الماشى عاجزًا عن دفع الهلاك عن نفسه إذا لم يعلم بالبئر.

قياس مسألتنا من مسألة الكبير أن لو غل الكبير المغصوب وشده، فأصابه شيء من الصواعق التى يمكن التحفظ، وهناك يقول[1]: بأنه يكون ضامنًا؛ لأنه عجز عن حفظ نفسه بما صنع، فصار حدوث التلف مضافًا إلى أثر فعله، فكان مسببًا لإتلافه، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه.

وفى جنايات "المنتقى" قال أبو يوسف رحمه الله: قال أبو حنيفة رحمه الله فى رجل قمط رجلا فطرحه قدام سبع فقتله السبع لم يكن على الذى فعل ذلك قود ولا دية، لكنه يغرم، ويضرب ويحبس حتى يموت.

قال أبو يوسف رحمه الله: وأما أنا فأرى أن يحبسه أبدًا حتى يموت، ولا يلزم على ما قلنا: لو حبس الطعام عن الصغير حتى مات، فإنه لا يضمن، وإن كان هذا مما يمكن التحرز عنه، وكذلك لو حبس حرّا، ومنع عنه الطعام حتى مات، فإنه لا يضمن؛ لأن

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "نقول".

هناك لم يوجد المباشرة ولا التسبيب، أما المباشرة فلأن التلف ما حصل من فعل الغاصب الذى اتصل بالمحل؛ لأن التلف حدث من الجوع، والجوع غير حادث من فعله الذى اتصل به وهو حبسه وغصبه، وإنما حدث من طبعه، فإنه خلق على وجه بجوع(١)، ألا ترى أنه من غير حبس يعتريه الجوع، والجوع مما يعتريه(٢) فى الأماكن كلها، فصار نظير الموت حتف أنفه، ولم يوجد التسبيب أيضًا؛ لأنه لا يستقيم إضافة التلف إلى أثر فعله، وهو حصوله فى المكان الذى حبسه، فإنه لا يستقيم أن يقال: لولا حبسه فى هذا المكان لكان لا يعتريه(٣) الجوع، فلم يجز أن يضاف التلف الحادث من الجوع إلى أثر فعله.

فأما التلف الذى حدث من الصواعق التى لا تعم الأماكن كلها، يجوز أن يكون مضافًا إلى أثر فعله، فيقال: لولا حصوله فى هذا المكان ما أصابته هذه الصواعق، ولا يلزم على ما قلنا: إذا صاح الرجل بالصبى، وهو على شاهق جبل، ففزع فسقط ومات، فإنه لا يضمن، نص الطحاوى على هذا فى "مختصره"؛ لأنه لم توجد المباشرة ولا التسبيب.

أما المباشرة فلأن حد المباشرة فعل يتصل بالغير، والمتصل بالصبى قوله لا فعله، ألا ترى أن من قال لغيره: قولا إساءة، ومات عقبه، لا يضمن؛ لأن المتصل به القول لا الفعل، ولم يوجد التسبيب؛ لأن التسبيب أن يتصل التلف بأثر فعله بواسطة فعل آخر كما فى حفر البئر، وهنا التلف اتصل بأثر قوله، لا بأثر فعله، فلم يكن هذا مباشرة ولا تسبيبًا بخلاف ما نحن فيه؛ لأن التلف اتصل بأثر فعله لا بأثر قوله، ومن سلك هذه الطريقة لا يحتاج إلى إثبات تخصيص فى جانب الصبى، فإنه يقال: سواء كان الصبى يعبر عن نفسه أو لا يعبر، فإنه يضمن كما أطلقه محمد رحمه الله، ولكن يحتاج إلى تخصيص ما.

قال محمد رحمه الله فى قوله: "قتل الصبى، أو أصابه حجر": إن الغاصب ضامن، فإنه يحتاج إلى أن يحمل قوله: قتل إذا حصل القتل ممن لا تعتبر جنايته.

---

(١) هكذا فى جميع النسخ، ولكن المناسب "يجوع".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "مما يعتبر به".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "مما يعتبر به".

وأما إذا قتله من تعتبر جنايته بأن قتل هذا الصبى إنسان فى يد الغاصب يقول : بأن الغاصب لا يضمن ؛ لأن هذا القائل أوجب الضمان على الغاصب من حيث إنه مسبب لامباشر ، والمسبب لا يضمن متى أمكن إيجاب الضمان على المباشر كما فى الواقع والحافر ، وكما فى الممسك والقاتل .

وذكر الناطفى فى "واقعاته" : مسألة الصبى فى صورة أخرى ، وذكر فيها خلافًا ، فقال : صبى على حائط صاح به رجل ، فوقع ومات ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد[1] رحمهم الله : لا شىء عليه .

وفى "نوادر ابن رستم" : إذا صاح به ، فقال : لا تقع ، فوقع لا يضمن ، وإذا قال : قع فوقع يضمن ؛ لأن قوله : قع أمر بأن يفعل فعل الوقوع ، فصار بمنزلة ما لو قال له : ألق نفسك فى الماء ، أو قال : فى النار وفعل وهناك يضمن ، كذا هنا .

١٩٣٨٠- وإذا قتل الصبى المغصوب رجلا لم يكن على الذى اغتصبه من ذلك شىء ، وكذلك لو قتل الصبى نفسه ، لم يكن على الغاصب شىء ، أما على قول من قال من مشايخنا : بأن الغاصب إنما يضمن بالغصب لا بالجناية ، فلأنه يضمن بالغصب ما يمكنه التحرز والتحفظ عنه ، فأما لا يمكنه التحفظ عنه فإنه لا يضمن ، كما لو مات الصبى حتف أنفه ، وما تلف بفعل الصغير مما لا يمكنه التحفظ عنه ؛ لأن الصبى يكون مخلٍ بين نفسه ، وفعله فى الأماكن كلها لايغيب عنه فعله فى مكان ما ، بل يعم الأمكنة كلها كما يعم الموت حتف أنفه الأمكنة كلها ، وما لا يمكن للغاصب التحفظ عنه ، لا يضمنه بغصب الصبى .

وأما من قال : بأنه يضمن لأنه مباشر للجناية على الصبى ، فإنما يضمن أيضًا ما يمكنه التحرز عنه ، ولا يضمن ما لا يمكنه التحفّظ والتحرّز عنه والتحفظ عن فعله غير ممكن على مابينا ، فلا يضمن الغاصب ما تلف بفعله ، كما لا يضمن إذا مات حتف أنفه ، ومن قال : لايضمن ؛ لأنه سبب للجناية لا يضمن الغاصب ما تلف بفعل الصبى ؛ لأن المسبب لا يضمن مع المباشر ، والصبى مباشر فى الإتلاف ، فعلى العبارات كلها ما تلف بفعل الصبى : لا يضمنه الغاصب .

---

(١) وفى م "ومحمد وزفر".

١٩٣٨١ - وإذا حمل الرجل الصبى الحر على دابته، وقال له: أمسكها لى، وليس الرجل بسبيل منه يريد بقوله: ليس بسبيل منه أى ليس الحامل بولى الصبى، فسقط الصبى عن الدابة ومات، فالرجل ضامن سواء كان الصبى يستمسك على الدابة، أو كان لا يستمسك على الدابة لوجهين: أحدهما: أن الرجل صار غاصبًا للصغير لما حمله على الدابة بغير إذن وليه، وغاصب الصبى يضمن متى تلف الصبى بأمر يمكنه التحرز التحفظ عنه، وسقوطه عن الدابة بعد ما حمله على الدابة مما يمكن التحرز والتحفظ عنه، بأن يحفظه حتى لا يسقط.

والثانى: أنه لما قال للصبى: أمسكها لى والصبى ممن يعقل ذلك صار مستعملا للصبى فى عمل من أعماله، وهو إمساك الدابة له بغير إذن وليه، ومن استعمل صبيّا فى عمل من أعماله بغير إذن وليه، ومات الصبى بسبب استعماله، فإنه يضمن كما لو قال للصبى: اصعد هذه الشجرة، وانقض لى ثمرة، فصعد فسقط فمات، ضمن، وبمثله لو قال له: اصعد هذه الشجرة، وانقض ثمارها لنا كلها، أو قال: لتأكل فسقط فمات، لا يضمن؛ لأنه ما استعمله لنفسه، ذكر شيخ الإسلام مسألة الصبى صعد الشجرة من غير ذكر خلاف.

وفى الفصل الثانى من هذه المسألة اختلاف المشايخ، وتجب دية الصبى على عاقلة الرجل؛ لأنه مخطئ محض، فإنه قصد حمله على الدابة، ولم يقصد استهلاكه، فكان هذا مخطئًا محضًا، وشبه العمد يجب على العاقلة، فهذا أولى، وتاويل هذه المسألة إذا حمله على الدابة والدابة واقفة، فإن كانت الدابة تسير، فسقط الصبى ومات، فاعلم بأن الروايات اختلفت فى هذا الفصل، وذكر فى بعض الروايات: إذا سقط الصبى وهى تسير أى الدابة تسير، فهو ضامن.

وهكذا أثبته الحاكم الجليل فى "المختصر"، وتاويله إذا كانت الدابة تسير، يسير صاحبها حتى كان سير الدابة مضافًا إلى صاحبها، وذلك بطريقين: أحدهما: أن سير الدابة بعد ما حمل الصبى عليها، والثانى: أن سير الدابة قبل أن يحمل الصبى عليها، ثم حمل الصبى عليها وهى تسير، فإذا سقط الصبى فى هذه الحالة، فإنما سقط من فعل صاحب الدابة، فيضمن على كل حال.

وأما إذا سارت بنفسها، فلا ضمان عليه؛ لأنها منفلتة، وما تلف بفعل المنفلتة، فهو جبار.

وذكر فى بعض الروايات: إذا سقط الصبى، وهو يسير الدابة إن كان يريد بسير صاحب الدابة لا بسير الصبى، فإن الرجل ضامن لدية الصبى، سواء كان الصبى يستمسك على الدابة أو لا يستمسك؛ لأن صاحب الدابة متى كان هو المسير يكون تلف الصبى مضافًا إلى تسييره، والسقوط من تسييره مما يمكن التحرز والتحفظ عنه؛ لأنه من فعل الغاصب لا من فعل الصبى، فيضمنه الغاصب، سواء كان الصبى ممن يستمسك على الدابة، أو لا يستمسك.

وإن كان المراد بقوله: وهو يسير أى الصبى يسير الدابة[1]، وكان الرجل حمل الصبى عليها، وهى واقفة، ثم سيرها الصبى[2]، فوقع فمات، فإنه لا ضمان على الرجل؛ لأن الصبى إذا كان بحيث يسير الدابة، فالتسيير يكون مضافًا إلى سير الصبى[3] لا إلى الرجل؛ لأن الرجل حمله، ولم يأمره بالسير، وإذا صار التلف مضافًا إلى فعل الصبى وهو يسيره، لم يضمن الرجل كما لو قتل الصبى نفسه، وإن حمله عليها وهى واقفة، فوطئت إنسانًا إن أوطأته وهى واقفة، فضمانه على صاحب الدابة، وهذا ظاهر.

١٩٣٨٢ - وإن أوطأته بعد ما سارت، فإن سارت بسير الصبى والصبى ممن يسير الدابة، فالضمان على عاقلة الصبى، وكذلك إن فسدت مالا، فضمان ذلك فى مال الصبى، وليس على الرجل من ذلك شيء؛ لأنه لا يخلو إما أن يعتبر الرجل غاصبًا للصبى أو مستعملا للصبى فى عمل من أعماله، وأى ذلك ما اعتبر لم يكن على الرجل ضمان، إن اعتبر غاصبًا، فغاصب الصبى إنما يضمن بالغصب ما يمكن للغاصب التحرز والتحفظ عنه، ولا يضمن ما لا يمكنه التحفظ والتحرز عنه، ولا يمكن التحفظ والتحرز عن فعل الصبى؛ لأن فعله مما يعينه، بل يعم الأماكن كلها، فكان بمنزلة الموت حتف

---

(١) وكان فى الأصل "بسير الدابة".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل "ثم يسيرها الصبى".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "تسير الصبى".

أنفه، وكان بمنزلة ما لو ناوله سكينًا، فقتل نفسه، لم يكن عليه ضمان، فكذا هذا، وإن اعتبر مستعملا للصبى فكذلك؛ لأن المستعمل للصبى إنما يضمن ما لحق الصبى من الضمان إذا لزمه الضمان بسبب عمل استعمله فيه، فأما إذا لحقه الضمان بسبب عمل لم يستعمله المستعمل فى ذلك لا يكون عليه ضمان.

وكذلك لو أمره بأن يصعد هذه الشجرة، فصعد شجرًا آخر، والغاصب استعمله فى إمساك الدابة وحفظها، ولم يستعمله فى تيسير الدابة، فما لزمه من الضمان بسبب تسيير الدابة، ولم يأمره الرجل بالتسيير، إنما أمره بالإمساك لا يكون قرار ذلك على المستعمل كما لو ناوله سكينًا، وقال له: أمسكها، فقتل بذلك رجلا حتى وجبت الدية على عاقلة الصغير، لم يكن لعاقلة الصبى أن يرجعوا بذلك على الآمر؛ لأنه لم يستعمله فى القتل، وإنما استعمله فى الإمساك، فكذا ههنا.

١٩٣٨٣ - وإن كان الصبى ممن لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة، وقد حمله الرجل والدابة واقفة، ثم سارت فأوطأت إنسانًا، أو أفسدت متاعًا، فإنه لا يجب ضمان ذلك لا على الصبى، ولا على الذى حمل الصبى على الدابة.

أما لا يجب على الصبى؛ لأن الصبى إذا كان ممن لا يسير الدابة، فسير الدابة لا يكون مضافًا إلى الصبى، ويكون الصبى عليها بمنزلة الحمل على الدابة، وإذا لم يجز أن يكون السير مضافًا إلى الصبى، لم يجز أن يجب الضمان على الصبى، وأما لا يجب على الرجل؛ لأن الرجل لم يسير الدابة، وإذا لم يجز أن يضاف سير الدابة إلى واحد منهما كانت سائرة باختيارها لا بتسيير أحد وكانت منفلتة، وما أصابت المنفلتة شيئًا، فإنه يهدر بقوله عليه السلام: «العجماء جبار»[1]، والمراد به إذا كانت منفلتة.

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" ٢/ ٥٤٥ حديث (١٤٢٨) وفى ٦/ ٢٥٣٣ حديث (٣٥١٤) وابن خزيمة فى "صحيحه" ٤/ ٤٦ حديث (٢٣٢٦) وأبو عوانة فى "مسنده" ٣/ ١٥٦ حديث (٦٣٥٤) والدارمى فى "سننه" ١/ ٤٨٣ حديث (١٦٦٨) و٢/ ٢٥٧ حديث (٢٣٧٨) والبيهقى فى "سننه" ٤/ ١٥٥ حديث (٧٤٣٦) ومالك فى "الموطأ" ٢/ ٨٦٩ حديث (١٥٦٠) والنسائى فى "سننه" ٥/ ٤٥ حديث (٢٤٩٧) وفى "الكبرى" ٣/ ٤٢٤ حديث (٥٨٣٢) والدارقطنى فى "سننه" ٣/ ١٥٤ حديث (٢١٤) والربيع فى "مسنده" ١/ ١٣٦ حديث (٣٣٤) وعبد الرزاق فى "مصنفه" ١٠/ ٦٥ حديث (١٨٣٧٣) والطحاوى فى "شرح معانى الآثار" ٣/ ٢٠٣ والطبرانى فى "الأوسط" ٣/ ٣٨ حديث (٢٣٩٩) وأحمد فى "مسنده" ٢/ ٣٨٢، ٣٨٦، ٤٦٧، ٤٧٥، ٤٨٢، ٤٩٩، وإسحاق

١٩٣٨٤- روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه قال : إذا قمط صبيًا ، وألقاه فى الشمس حتى قتله الحر ، أو ألقاه فى ظل فى يوم بارد ، فقتله البرد ، فعلى عاقلته الدية ، وكذا إذا قمطه ، وألقاه بين يدى سبع حتى أكله ، فعلى عاقلته الدية .

١٩٣٨٥- ولو غصب صبيًا حرًا ، وذهب به إلى منزله ، وقتله كان للأب الخيار ، إن شاء ضمنه الدية على عاقلته بالغصب ، وإن شاء قتله بالقتل .

١٩٣٨٦- ولو قتله أجنبى فى يده ، كان الأب بالخيار أيضًا ، فإن قتل القاتل برئ الغاصب وعاقلته ، وإن ضمن عاقلة الغاصب الدية ، رجعوا بها فى مال القاتل .

١٩٣٨٧- وفى "المنتقى" : رجل أمر صبيًا أن يسقى له دابة من النهر ، أو أرسله فى حاجة ، فمات ، أو ضل ، لم يكن على الرجل شىء ، وإن غرق فى النهر ، أو ضربته دابة ، أو نهشته حية كان الذى أمره ضامنًا ، والدية على عاقلته .

١٩٣٨٨- وإذا حمل الرجل صبيًا مع نفسه على الدابة ، فوطئت الدابة إنسانًا ، فهذا على وجهين : إما أن يكون الصبى ممن يستمسك على الدابة وبسيرها ، أو لا يستمسك على الدابة ، فإن كان يستمسك على الدابة ، فدية المقتول على عاقلتهما ؛ لأن سير الدابة يكون مضافًا إلى الصبى وإلى الرجل ، فيكون الإيطاء مضافًا إليهما أيضًا ، فيضمنان ذلك ، كما لو أردف بالغًا مع نفسه ، فوطئت الدابة إنسانًا إلا أن على الرجل الكفارة ، ولا كفارة على الصبى ؛ لأنهما باشرا قتله ، فإن المقتول إنما تلف بفعلهما وفعل الدابة ، فصارا مباشرين إلا أن الرجل متى باشر قتل إنسان ، كان عليه الكفارة ، ولا الكفارة على الصبى ، فكذلك هذا .

وإن كان لا يستمسك على الدابة ، فدية المقتول كله تجب على عاقلة الرجل ، وليس على عاقلة الصبى شىء ؛ لأن سير الدابة كله مضاف إلى الرجل غير مضاف إلى الصبى ، إذا كان لا يستمسك على الدابة ، ويكون الصبى إذا كان لا يستمسك ، والثوب المبسوط على الدابة سواء ، فيكون الإيطاء كله مضافًا إلى الرجل ، وصار مسألتنا كرجل ركب الدابة ، وأردف مع نفسه محملا ، فإن كدمت ، وأتلفت إنسانًا ، أو أفسدت متاع إنسان ، فالجواب فيه على التفصيل الذى ذكرنا ، وإذا وطئت إنسانًا بيده إن كان الصبى

بن راهويه ١/ ٤٤٠ حديث (٥١٠) وأبو يعلى فى "مسنده" ١٠/ ٤٣٧ حديث (٦٠٥٠) .

ممن يسير الدابة، ويستمسك عليها، فالضمان عليهما، وإن كان لا يستمسك، فالضمان كله على الرجل؛ لما ذكرنا، ولاترجع عاقلة الصبى على عاقلة الرجل بشيء، وذلك لأن عاقلة الصبى لو رجعوا[1] على عاقلة الرجل، فإنما يرجعون إما بحكم الغصب؛ لأنه صار غاصبًا للصبى لما حمل الصبى على الدابة، أو بحكم الأمر؛ لأنه أمر الصبى بسير الدابة، ولا يجوز أن يرجعوا على عاقلة الصبى بحكم الغصب؛ لأن غاصب الصبى الحر لا يضمن ما تلف بفعل الصبى، ألا ترى لو قتل الصبى نفسه أو رجلا آخر، حتى وجبت الدية على عاقلة الصبى، لم يكن لعاقلة الصبى أن يرجعوا بذلك على عاقلة الغاصب، كذا هنا، ولا يجوز أن يرجعوا عليه بحكم الأمر؛ لأنه أمره بالسير لابالإيطاء، فالإيطاء حصل بغير أمر صاحب الدابة، وإليه أشار محمد رحمه الله، فقال: لأنه لم يأمره بالجناية أى أمره بالسير لا بالإيطاء الذى هو جناية.

قال رضى الله عنه: قد ذكرنا قبل هذا على سبيل الاستشهاد أن من قال لصبى: اصعد هذه الشجرة، وانقض لى ثمارها، فصعد وسقط، إن الآمر يضمن الدية على عاقلته، وكذلك لو أعطاه عصا أو سلاحًا ليمسكه له، أو لم يأمره بشيء، فعطب به الصبى، ولم يرد بقوله: عطب به الصبى أن الصبى قتل نفسه، فإن هناك لا ضمان على المعطى، إنما أراد به أنه سقط من يديه على بعض بدنه، وعطب به، وكذلك لو أمره بحمل شيء، أو كسر حطبه بغير إذن وليه، فتلف من ذلك.

ولو لم يقل له: أمسكه لى، فعطب بالسلاح، اختلف المشايخ فيه، وكذا اختلف المشايخ فيما إذا قال له: اصعد هذه الشجرة، ولم يقل: شيئًا آخر، أو قال: انقض الثمار لنفسك، فسقط، ففيه اختلاف المشايخ أيضًا، وقد مر. ولو وضع الحطب بين يدى عبد محجور، ولم يأمره بشيء، فكسر العبد الحطب، فوقع قطعة من ذلك على عين الغلام، وذهب عينه، فلا شيء على صاحب الحطب، وفى "الجامع الصغير": قال لعبد الغير: ارتق هذه الشجرة وانقض الثمرة لتاكله أنت ففعل فسقط ومات لم يضمن الآمر، ولو قال: حتى آكله والمسألة بحالها ضمن.

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره "رجع".

الفصل الرابع عشر
فى جناية الحائط والجناح والكنيف وأشباهها
وفيما يحدثه الإنسان فى الطريق

١٩٣٨٩ - يجب أن يعلم بأن الحائط المائل لا يخلو من وجهين : إما أن بناه صاحبه مائلا إلى الطريق، أو بناه غير مائل، ثم مال بعد ذلك بمرور الزمان، فإن بناه مائلا فى الابتداء، ثم سقط على إنسان فقتله، أو أتلف مال إنسان فإنه يضمن سواء تقدم إليه بالنقض أو لم يتقدم، ومعنى التقدم أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط : إن حائطك مخوف، أو يقول : مائل، فانقضه حتى لا يسقط، ولا يتلف شيئًا.

١٩٣٩٠ - وفى "المنتقى" : رجل له حائط مائل، فقال له آخر : اهدم هذا الحائط، فإنه مائل، فهذا إشهاد عليه، ولو قال له : ينبغى لك أن تهدمه، فهذا ليس بإشهاد عليه بل هو مشورة، وإنما وجب الضمان؛ لأنه متى بناه فى الابتداء مائلا إلى الطريق فقد شغل هواء طريق المسلمين بصنعه فكان بمنزلة ما لو أشرع جناحًا إلى الطريق الأعظم، ثم سقط على إنسان، فقتله، أو أتلف مال إنسان، وهناك يضمن، سواء تقدم إليه بالرفع أو لم يتقدم؛ لأنه مسبب، فإن السبب فعل هو تعدٍّ، وبناء الحائط مائلا إلى الطريق تعدٍّ؛ لأنه شغل هواء طريق المسلمين، وليس له حق الشغل فيضمن، وصار كما لو حفر بئرًا، فوقع فيه إنسان فمات، فإنه يضمن، سواء تقدم إليه إصلاح ذلك أو لم يتقدم.

١٩٣٩١ - وفى "المنتقى" : رجل بنى حائطًا واهى البناء، فدرجه حتى أماله على الطريق، فلا ضمان عليه فى ذلك.

وإن أشهد عليه وهو مخوف فهو ضامن، وإن كان غير مخوف، فهذا على وجهين : إن كان ميلانًا كثيرًا، فهو ضامن لما أصابه تقدم إليه أو لم يتقدم، وإن كان شيئًا يسيرًا، فلا ضمان؛ إذ لا يسلم حائط يبنى من هذا وأشباهه، ألا ترى أن السائر على الدابة فى الطريق لا يضمن ما ضربت بحافرها من النواة والحصاة الصغيرة، إذا أصابت

إنسانًا، ويضمن الحجر الكبير.

وإن كان بناءه غير مائل، ثم مال بمرور الزمان، ثم سقط على إنسان فقتله، أو سقط على مال فأتلفه، هل يضمن صاحب الحائط؟ فهذا على وجهين: إن سقط قبل التقدم إليه بالنقض، فإنه لا ضمان على صاحب الحائط فى قول علمائنا، وأما إذا سقط بعد ما تقدم إليه بالنقض، وتمكن من النقض بعد ذلك ولم ينقض، فالقياس أن لا يضمن، وفى الاستحسان: يضمن.

وجه القياس أنه لا جناية من صاحب الحائط لا مباشرة ولا تسبيبًا، أما مباشرة فلأن فعله لم يتصل بالمتلف، ولهذا لا يجب فى الحائط المائل بعد التقدم إليه كفارة، ولا يحرم عن الميراث، وأما تسبيبًا فلأن حد التسبيب أن يتصل أثر فعل هو تعدّ بالمتلف كما فى حفر البئر، والمتصل بالمتلف هنا أثر فعل هو مباح لا أثر فعل هو تعدّ؛ لأنه أثر فعل حصل فى ملكه، وفعل الإنسان فى ملكه مباح، فهو معنى قولنا: إنه ليس بجانٍ لا مباشرة ولا تسبيبًا.

وجه الاستحسان: فى ذلك أن القياس ذلك، لكن تركنا القياس بالأثر أو بالإجماع، أما الأثر فلما روى عن عامر الشعبى وشريح وإبراهيم النخعى رضوان الله عليهم وغيرهم من التابعين: أنهم أوجبوا الضمان على صاحب الحائط المائل متى سقط بعد ما تقدم إليه بالنقض، والمروى عن هؤلاء وهو أنه لا يعرف قياسًا كالمروى عن رسول الله ﷺ، فكأنهم رووا ذلك عن النبى ﷺ، والقياس يترك بالأثر، وهو معنى قول محمد رحمه الله فى "الأصل": إنا إنما ضمنا الحائط بعد ما تقدم إليه بالأثر، قالوا: أراد بالأثر قول عامر وغيرهم من التابعين.

أو نقول: تركنا القياس بالإجماع، وذلك لأنه روى هذا القول عن هؤلاء، ولم يروِ عن أقرانهم نكير مع استشهاد الفتوى منهم بإيجاب الضمان على صاحب الحائط المائل، وإجماع كل عصر حجة يترك بها القياس، ويخص بها الأثر، فكأنهم إنما تركوا القياس، واستحسنوا فى إيجاب الضمان على صاحب الحائط المائل، وإن لم يوجد منه مباشرة ولا تسبيب ضرورة إحياء حق المسلمين فى المرور؛ لأن صاحب الحائط متى لم يخف لحوق الغرم بعد ما تقدم إليه بالنقض ولا ينقض، ومتى لم ينقض يبطل حق الناس

فى المرور أصلا عسى خوفًا على أنفسهم وأموالهم، فلهـذه الضرورة تركوا القياس، فأوجبوا الضمان على صاحبه كما قبلوا شهادة النساء على الانفراد فيما لم يطلع عليه الرجال ضرورة إحياء حقوق الناس، كذا هنا، وليس كما لو سقط قبل التقدم، فإنه لا يضمن؛ لأن القياس أن لا يضمن ما أصاب بعد التقدم من الوجه الذى بينا إلا أنا تركنا القياس بالأثر أو بالإجماع من الوجه الذى بينا، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والأثر الوارد بإيجاب الضمان بعد التقدم، وقد صار صاحب الحائط متعديًا بترك النقض؛ لأنه ترك رد ما حصل فى يده من الهواء بعد ما طلب صاحب الحق مع إمكان الرد، وإنه تعد كما فى مسألة الثوب إذا هبت به الريح، وألقته فى حجر إنسان لا يكون واردًا دلالة قبل التقدم، ولم يوجد منه تعد بوجه ما؛ لأن بترك رد ما حصل فى يده قبل الطلب مع الإمكان لا يثبت التعدى، فيرد ما قبل التقدم إلى ما يقتضيه القياس.

أو نقول: إنما تركنا القياس لنوع جناية وتعدّ وجد من صاحب الحائط؛ لما مال صار ملكه شاغلا هواء غيره، فإذا طلب منه تفريغ الهواء وهو قادر على التفريغ؛ لأن الحائط ملكه، ولكل إنسان ولاية على ملكه صار بترك التفريغ بعد ما وجد الطلب من المستحق متعديًا، فصار السقوط بعلة التقصير مضافًا إليه كأنه هو الذى أسقطه.

ويشترط لصحة التقدم والطلب أن يكون التقدم إلى من له ولاية التفريغ؛ لأن الفعل إنما يطلب من القادر لا من العاجز، حتى لو تقدم إلى من سكن الدار بإجارة، أو إعارة، فلم ينقض الحائط، حتى سقط على إنسان لا ضمان على أحد، أما على السكان فلأن التقدم إليهم لم يصح، وأما على المالك فلأنه لم يتقدم إليه، وكذلك يشترط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق، والحق فى طريق العامة للعامة، فيكتفى بطلب واحد من العامة، وفى السكة الخاصة الحق لأصحاب السكة، فيكتفى بطلب واحد منهم أيضًا، وفى الدار يشترط طلب المالك أو الساكن، وبعد صحة التقدم والطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ إلى وقت السقوط؛ لأن الجناية إنما تتحقق بترك التفريغ عند اتصال التلف بالسقوط، فيشترط دوام القدرة على التفريغ إلى وقت اتصال التلف بالسقوط ليصير بترك التفريغ مع القدرة عليه عند اتصال التلف به جانيًا، والتقدم إلى صاحب الحائط فى الحائط تقدم فى نقضه، حتى لو سقط الحائط بعد التقدم، وعثر إنسان بنقضه فمات، فديته على صاحب الحائط، وهو قول

محمد رحمه الله .

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله : أنه لا ضمان على صاحب الحائط ، والصحيح قول محمد رحمه الله ؛ لأن شغل الطريق بنقض الحائط صار مضافًا إلى تقصيره في التفريغ ، فكأنه ألقاه على الطريق ، ولأن التقدم على الحائط كما يراد به أن لا يسقط على إنسان ، فيقتله يراد به أن لا يقع على الطريق ، فيشغله ويصير سبب التلف ، فصار التقدم على الحائط تقدما على نقضه من هذا الوجه .

١٩٣٩٢- قال في "المنتقى" : رجل ادعى دارًا في يدي رجل ، وفيها حائط مائل يخاف سقوطه من الذي يتقدم إليه فيه ، ويشهد عليه به حتى يعدل ببينة المدعي ، قال : يؤاخذ الذي في يده الدار بنقضه ، ويشهد عليه بميله[1] ، وهي بمنزلة دار لم يدع ، وما لم يترك البينة ، فإن نقضه الذي في يديه ، ثم زكيت البينة ضمن الذي نقضه قيمة الحائط .

١٩٣٩٣- قال في "الجامع" : رجل أشهد عليه في حائط مائل له ، فذهب يطلب من يهدمه ، وكان في ذلك حتى سقط الحائط لا يضمن شيئًا ؛ لأن صاحب الحائط المائل إنما يصير جانيًا بترك التفريغ بعد الطلب مع التمكن منه ، وربما لا يتمكن من ذلك بنفسه لجهله ، أو لعدم الآلة ، فيحتاج إلى طلب الآخر لذلك ، والطلب لا بد له من مدة ، فصار مدة تتمكن إحضار الآخر مستثنى في الشرع .

١٩٣٩٤- وفيه أيضًا : رجل أشهد عليه في حائط مائل إلى دار رجل ، فسأل صاحب الحائط من القاضي أن يؤجله يومين أو ثلاثة أيام ، وما أشبه ذلك ، ففعل القاضي ذلك ، ثم سقط الحائط ، وأتلف شيئًا كان الضمان واجبًا على صاحب الحائط ؛ لأن التأجيل لم يصح ؛ لأن الحق لصاحب الدار لا للقاضي ، فصار وجود هذا التأجيل والعدم بمنزلة ، ولو وجد التأجيل من صاحب الدار ، فوقع الحائط في مدة التأجيل ، وأفسد شيئًا ، لا يجب الضمان ؛ لأن التأجيل قد صح لصدوره عن صاحب الحق ، فلا يصير صاحب الحائط بترك التفريغ جانيًا ، ولو سقط الحائط بعد مضي مدة الأجل كان ضامنًا ؛ لأن الإشهاد قد سبق والتأجيل قد زال .

١٩٣٩٥- وفيه أيضًا : رجل أشهد عليه في حائط مائل إلى الطريق الأعظم ،

(١) هكذا في ظ ، وكان في غيرها "بمثله" .

وطلب صاحب الحائط من القاضى أن يؤجله يومًا، أو يومين، أو ثلاثة، ففعل القاضى ذلك، ثم سقط الحائط المائل، فأتلف شيئًا كان الضمان واجبًا؛ لأن الحق لعامة المسلمين، وتصرف القاضى فيما هو حق عامة المسلمين، إنما ينفذ فيما فيه منفعة، لا فيما لهم فيه مضرة، وفى هذا التأجيل ضرر لعامة المسلمين، فلم يصح هذا التأجيل والتحق بالعدم.

وكذلك فى هذه المسألة لو لم يؤخره القاضى، ولكن أخره الذى أشهد عليه لا يصح فى حق غيره، فهذا ظاهر، ولا فى حق نفسه وإن كان له فى المرور فى الطريق شركة إلا أن هذه شركة عامة لا عبرة لها فى نفاذ التصرفات كشركة واحد من المسلمين فى مال بيت المال، وإذا لم يصح هذا التأخير التحق بالعدم.

وإنما صح طلب التفريغ من الواحد لا باعتبار حقه فيه، ولكن باعتبار أن الواحد يقوم مقام عامة المسلمين فيما لهم فيه منفعة، ولهم فى طلب التفريغ منفعة، أما لامنفعة لهم فى التأخير، بل لهم فيه مضرة، فلا يقوم مقامهم فيه، فلو صح التأخير صح باعتبار حقه، ولايجوز أن يصح باعتبار حقه على ما مر.

١٩٣٩٦- قال محمد فى "كتاب الزيادات": مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم، فالإشهاد وطلب التفريغ على المكاتب لأن الإشهاد وطلب التفريغ على من له ولاية التفريغ، وولاية التفريغ للمكاتب؛ لأن التصرف فى كسبه له، فإذا أشهد عليه ثم سقط على إنسان فقتله، فإن سقط قبل تمكنه من نقصة فلا ضمان عليه لعدم التقصير فى التفريغ، فإن سقط بعد تمكنه من التفريغ، فالقياس أن لا يضمن المكاتب شيئًا لما قلنا: إنه لا جناية منه ولا تعديًا.

وفى الاستحسان: يضمن الأقل من قيمته ومن دية المقتول؛ لأنه صار متعديًا جانيًا بالتفريط بعد الطلب، وموجب جناية المكاتب الأقل من قيمته ومن دية المقتول، عرف ذلك فى موضعه، وإن لم يسقط الحائط حتى أدى المكاتب بدل الكتابة وعتق، ثم سقط على إنسان فقتله، وجبت دية المقتول على عاقلة المكاتب، وعاقلته عاقلة مولاه على ما عرف فى موضعه، وإنما وجبت الدية؛ لأن الجناية فى هذا الباب إنما تحقق بتركه التفريغ عند اتصال الطلب به بالسقوط، لكانت العبرة لحال السقوط، وحال السقوط هو

حر، وجناية الحر توجب الدية على العاقلة.

وهذا بخلاف ما لو أشرع المكاتب كنيفًا أو جناحًا من حائط إلى طريق المسلمين، ثم أدى وعتق، ثم وقع ذلك على إنسان فقتله، كان على المكاتب الأقل من دية المقتول، ومن قيمته يوم الإشراع؛ لأن إشراع الكنيف والجناح فى نفسه جناية؛ لأنه شغل به هواء طريق المسلمين، ولو شغل شيئًا من طريق المسلمين بشىء وضعه فيه كان جانيًا بنفس الوضع، فههنا كذلك.

وإذا صار جانيًا بنفس الإشراع ووقت الإشراع هو مكاتب، فقد وجدت الجناية منه وهو مكاتب، فيكون موجب جنايته موجب جناية المكاتب، وصار كما لو حفر المكاتب بئرًا على قارعة الطريق، ثم أدى وعتق، ثم جاء إنسان، ووقع فيها ومات، يجب على المكاتب الأقل من دية المقتول ومن قيمته يوم الحفر، وطريقه ما قلنا، بخلاف الحائط؛ لأن بناء الحائط ليس بجناية، والميلان ليس من صنعه؛ ليعتبر جانيًا من وقت البناء أو من وقت الميلان، وإنما الجناية بترك التفريغ عند اتصال التلف به بالسقوط، وهو فى تلك الحالة حر، فكان موجب جنايته موجب جناية الحر.

قال فى الكتاب: ألا ترى لو أن رجلا أمه مولاة عتاقة لرجل وأبوه عبد أشهد عليه فى حائط مائل، فلم ينقضه حتى عتق الأب[1]، ثم سقط الحائط وقتل إنسانًا فدمه على عاقلة الأب، ولو سقط قبل عتق الأب فالدية على عاقلة الأم؛ لما ذكرنا أن الجناية فى هذا الباب إنما تتحقق وقت السقوط، ووقت السقوط فى الفصل الأول ولاءه لمولى الأب، وفى الفصل الثانى لمولى الأم، وهذا لأن الولاء كالنسب، والنسب يثبت من قبل الأم إذا لم يمكن إنباته من قبل الأب، فإذا أمكن إنباته من قبل الأب يثب من قبل الأب وبمثله، لو أشرع كنيفًا، ثم عتق أبوه، ووقع الكنيف على إنسان وقتله، فالدية على عاقلة الأم؛ لما ذكرنا أن إشراع الكنيف نفسه جناية، وعند ذلك عاقلته مولى الأم، فبهذا تبين لك الفرق بينهما أيضًا.

١٩٣٩٧- ولو أن المكاتب عجز عن أداء بدل الكتابة فرد فى الرق ثم سقط الحائط على إنسان فقتله كان دمه هدرًا حتى لا يجب الضمان فيه على أحد، أما على المكاتب

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكام فى الأصل "العبد" مكان "الأب".

فلما ذكرنا أن الجناية فى هذا الباب إنما تتحقق بترك التفريغ عند اتصال التلف به، فيشرط دوام القدرة على التفريغ إلى وقت اتصال التلف، ولم يوجد؛ لأن أكسابه انتقلت إلى المولى بالعجز، وأما على المولى فلأن الإشهاد عليه لم يوجد، وهذا بخلاف ما لو أشرع المكاتب كنيفًا أو جناحًا إلى الطريق، ثم عجز عن أداء بدل الكتابة، ورد فى الرق ثم سقط الكنيف على إنسان وقتله حيث يخير المولى بين الدفع والفداء؛ لأن إشراع الكنيف نفسه جناية، فصار المكاتب جانيًا من وقت الإشراع، والموجب الأصلى فى جناية المماليك الدفع والفداء، لكن امتنع الدفع هنا بسبب الكتابة، وبالعجز والرد فى الرق إن انتقضت الكتابة يصير إلى الموجب الأصلى وهو[1] الدفع والفداء، وصار كما لو حفر المكاتب بئرًا على قارعة الطريق، ثم عجز، ورد فى الرق، ثم وقع فيها إنسان ومات، فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء، وطريقه ما قلنا.

١٩٣٩٨- رجل أشهد عليه فى حائط مائل، فسقط على الطريق، وعثر رجل بنقض الحائط، ومات فديته على عاقلة صاحب الحائط، وهذا قول محمد رحمه الله قد ذكرنا: أن الإشهاد على الحائط[2] إشهاد على نقضه عند محمد رحمه الله، ولو سقط الحائط على رجل وقتله، أو عثر رجل بنقض الحائط ومات، ثم عثر رجل آخر بالقتيل، فلا ضمان فيه على عاقلة صاحب الحائط.

والفرق أن الإشهاد على الحائط إشهاد على نقضه على ما ذكرنا، فهو مطالب بتفريغ عرصة الطريق عن النقض، وهو قادرعلى التفريغ؛ لأن النقض ملكه، فإذا لم يفرغ مع تمكنه صار بمنزلة الوضع باختياره، فكان مؤاخذًا به، أما الإشهاد على الحائط فليس بإشهاد على القتيل؛ لأن رفع القتل ليس إلى صاحب الحائط إنما ذلك إلى أولياء القتيل، فلا يكون صاحب الحائط مطالبًا بتفريغ عرصة الطريق عن القتيل، فلا يكون الإشهاد على الحائط إشهادًا على القتل، فصار فى حق القتيل كأن الإشهاد لم يوجد

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "وهذا" مكان "وهو".

(٢) وفى م "إن الإشهاد على الحائط فى "شرح الطحاوى": ولو أشهد على الحائط فسقط فيعقل بنقضه، فإنه يضمن فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: ما تلف بالنقض لا يضمن إلا إذا أشهد على النقض؛ لأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادا على النقض، ولو سقط الحائط... إلخ.

أصلا.

ولو كان مكان الحائط جناح أخرجه إلى الطريق، فوقع على الطريق، فعثر إنسان بنقضه ومات، وعثر رجل بالقتيل ومات أيضًا، فدية القتيلين جميعًا على صاحب الجناية، فرق بين الجناح وبين الحائط المائل فى حق القتيل الثانى، والفرق ما ذكرنا أن إشراع الجناح نفسه جناية، والإشراع فعله، فصار كأنه ألقاه بيده عليه، فكان حصول القتل فى الطريق مضافًا إلى فعله لحصول نقض الجناح فى الطريق.

ومن ألقى شيئًا فى الطريق، كان ضامنًا لما عطب به، وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه، فههنا كذلك، بخلاف مسألة الحائط؛ لأن نفس البناء ليس بجناية، وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيًا، لكن جعل كالفاعل بترك النقض فى الطريق مع القدرة على التفريغ، والترك مع القدرة وجد فى حق النقض، لا فى حق القتيل، فإنما يجعل فاعلا فى حق القتيل الأول، لا فى حق القتيل الثانى، ففى حق القتيل الثانى، لا فعل منه أصلا، وبدون الفعل، لا يصير جانيًا.

١٩٣٩٩- حائط مائل لرجل أشهد عليه فى الحائط، ثم إن صاحب الحائط وضع جرة لغيره على الحائط، فسقط الحائط، فرمى بالجرة، وأصابت إنسانًا فقتله، فدية المقتول على صاحب الحائط؛ لأن سقوط الحائط بعد الإشهاد مضاف إلى صاحب الحائط، فالرمى بالجرة يكون مضافًا إليه أيضًا.

ولو عثر بالجرة، أو بنقضها أحد، فلا ضمان على أحد، أما على صاحب الجرة فلأن الإشهاد عليه لم يوجد، وأما على صاحب الحائط فلأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادًا على الجرة إذا لم تكن الجرة مملوكة له لعدم قدرته على دفع الجرة حتى لو كانت الجرة مملوكة لصاحب الحائط كان ضمان من عثر بالجرة عليه، وجعل الإشهاد على الحائط إشهادًا على الجرة لقدرته على رفعها وتفريغ الطريق عنها، كما جعل الإشهاد على الحائط إشهادًا على نقضه.

١٩٤٠٠- رجل صحيح أشهد عليه فى حائط مائل له، ثم جن جنونًا مطبقًا، أو ارتد -والعياذ بالله- ولحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحوقه، ثم أفاق المجنون، ورجع المرتد إلى دارالإسلام مسلمًا، وردت عليه الدار، ثم سقط الحائط على إنسان

وقتله، فلا ضمان على المشهود عليه؛ لأن حكم ذلك الإشهاد قد بطل لفوات ولايته وقدرته على نقض الحائط بهدمه بالجنون والارتداد مع اللحوق، وحكم الإشهاد متى بطل لا يعود إلا باستئناف جديد وصار كما لو باع الدار بعد الإشهاد عليه فى الحائط، ثم رد المشترى الدار عليه بخيار رؤيةأو بخيار شرط أو بعيب بقضاء القاضى، ثم سقط الحائط على إنسان وقتله، فإنه لا ضمان عليه، وإنما لم يكن عليه الضمان؛ لأن حكم ذلك الإشهاد قد بطل لفوات قدرته على نقض الحائط بالبيع، فلا يعود إلا باستئناف جديد بعد ما عادت الدار، كذا ههنا.

١٩٤٠١- وإذا تقدم الرجل إلى رجل فى حائط له مائل، فلم ينقضه حتى باع الدار التى فيها ذلك الحائط، فقد خرج من الضمان، وبرئ منه، وذلك لأنه بعد البيع صار بحال لا يملك نقض الحائط، فيبطل التقدم، والمشترى وإن كان يملك نقض الحائط بعد الشراء إلا أنه لم يتقدم إليه حتى إنه لو تقدم إلى المشترى فسلم ينقض حتى سقط، فأتلف شيئًا، فإن المشترى يضمن، بخلاف ما إذا أشرع جناحًا فى طريق المسلمين من داره، ثم باع الدار، ثم أصاب الجناح إنسانًا، فقتله حيث يجب الضمان على البائع.

والفرق ما ذكرنا أن إشراع الجناح نفسه جناية، والبيع لم يبطل جنايته؛ لأن جنايته من حيث إنه شغل هواء طريق المسلمين، والشغل[1] لم يبطل البيع، فلم تبطل الجناية، فبقى مؤاخذًا بها، أما بناء الحائط نفسه ليس بجناية والميلان ليس صنعه ليقال: لم تبطل البناء والميلان، فلم تبطل الجناية، وإنما الجناية ترك التفريغ عند اتصال التلف به بالسقوط مع إمكان التفريغ، وبالبيع زال الإمكان، فارتفعت الجناية، فلهذا افترقا. فإذا كانت الدار رهنًا عند رجل فتقدم إلى المرتهن فى حائط مائل، فلا ضمان على المرتهن؛ لأنه لم يصح التقدم إلى المرتهن؛ لأن المرتهن لا يملك نقض الحائط، فيكون التقدم إليه، وهو لا يملك نقض الحائط والتقدم إلى الأجنبى سواء، ولو تقدم إلى أجنبى بالنقض لم يصح، ولا ضمان على الراهن؛ لأنه لم يتقدم إليه، ولا إلى نائبه، والمرتهن ليس بنائب عنه، وإن تقدم إلى رب الدار وهو الراهن، صح التقدم حتى يضمن إذا سقط؛ لأن الراهن قادر على نقض الحائط بأن يقضى الدين، وينقض الحائط، فصح التقدم إليه كما يصح

(١) وفى م "والشغل به".

التقدم إليه قبل الرهن.

فإن قيل: أرأيت إذا كان الراهن مفلسًا، لا يقدر على قضاء الدين.

قلنا: يبيع الدار، ويقضى الدين من ثمنها حتى ينقض المشترى، فهو مالك للنقض بهذا الطريق.

فإن قيل: أرأيت إذا كان لا يجد[1] من يشترى؟

قالوا: سئل الخصاف عن هذه المسألة بعينها، فقال: لا يصح التقدم إلى الراهن، وهكذا حكى عن الفقيه أبى بكر الرازى؛ لأن الراهن لا يقدر[2] على نقض الحائط إذا كانت الحالة هذه، فيكون التقدم إليه والتقدم إلى الأجنبى سواء.

ويجوز أن يقال: بأنه يصح التقدم أيضًا، وذلك لأنه يقدر أن يرفع الأمر إلى القاضى حتى يأمر القاضى المرتهن، حتى يمكنه من النقض إن كان المرتهن حاضرًا، وإن كان غائبًا يأذن له بالنقض، وإذا ترك ذلك، وقد أمكنه النقض بهذا الطريق يكون متعديًا، وكان كأحد الشركاء فى الحائط المائل إذا تقدم إليه بالنقض، فلم ينقض حتى سقط الحائط على شيء وأتلفه، فإنه يضمن الشريك الذى تقدم إليه حصته استحسانًا، وإن كان لا يقدر أن ينقض حصة نفسه من الحائط بدون الشركاء؛ لأنه كان يقدر بهذا الطريق بأن يرفع[3] الأمر إلى القاضى حتى يأمر الشركاء، فينقضوا الحائط معه إن كانوا حضورًا، وإن كانوا غيبًا يأذن له الحاكم بالنقض، كذا ههنا.

١٩٤٠٢ - وإذا تقدم إلى وصى اليتيم فى نقض حائط اليتيم، فما أصاب الحائط، فاليتيم له ضامن، وذلك لأن التقدم إلى وصى اليتيم فى حائط اليتيم وهو خصم فى أملاك اليتيم من جهة اليتيم حتى لو ادعى إنسان فيه حقًا انتصب خصمًا له بمنزلة التقدم إلى اليتيم لو كان بالغًا، ولو تقدم إليه بالنقض بعد البلوغ، فلم ينقض فما أصاب الحائط يكون ضامنًا، فكذلك هنا، ولا ضمان على الوصى سواء فرّط فى النقض، أو لم يفرط فى النقض، إن لم يفرط فى النقض، فلا إشكال، وإن فرط فكذلك.

(١) وكان فى ظ "لا يحدث".

(٢) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "لا يقدم".

(٣) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى ف وم "يرافع".

وكان يجب أن يكون الضمان على الوصى فى هذه الصورة؛ لأنه لما فرط فى النقض مع الإمكان، فقد قصد إلحاق الضرر بالصغير، وهو لا يملك إلحاق الضرر بالصغير، فما وجب من الضمان بعد تفريطه فى النقض يجب أن يكون فى مال الوصى لا فى مال اليتيم، إلا أن الجواب عنه أن فى تفريطه النقض نوع مضرة للصغير، أو نوع مصلحة للصغير، نوع مضرة من حيث إنه ربما يسقط الحائط على شىء، فيجب ضمان ذلك فى مال اليتيم، فيتضرّر به اليتيم أكثر مما يتضرر به لو نقضه وبناه، نوع مصلحة لأنه متى نقض احتاج إلى أن يبنى ثانيًا، ومتى بنى ثانيًا، يلحق الصبى فى إصلاح ذلك مؤنة عظيمة، ففى التفريط نوع مصلحة لليتيم[1]، ونوع مضرة إلا أن جانب المصلحة راجح على جانب المضرة؛ لأن ما يلزمه من المؤنة فى نقض الحائط، وبناءه ثانيًا ضرر متيقن، وما يلحق الصبى من الضمان بسقوط الحائط موهوم، فقد يسقط على شىء، وقد لا يسقط، فترجح جانب المصلحة فى تفريط النقض على المضرة، وصارت العبرة للمصلحة، وهذا كما قالوا: فى الوصى إذا باع دار اليتيم، ثم إن المشترى بنى فيها بناء عظيمًا، ثم جاء مستحق، واستحق الدار، رجع المشترى على الوصى بالثمن وبقيمة البناء، ويكون ذلك فى مال اليتيم، وكذا لو باع جارية لليتيم، فاستولدها المشترى، وحدث له منها أولاد، ثم جاء مستحق، فاستحق الجارية رجع المشترى بالثمن، وبما يضمن من قيمة الأولاد على الوصى، فيؤدى الوصى جميع ذلك من مال اليتيم، وهذا الضرر إنما لحق الصبى من جهة الوصى لولا بيعه لكان لا يجب فى مال اليتيم قيمة البناء والأولاد، وذلك لأن فى بيع دار اليتيم وجاريته، إن كان على اليتيم ضرر موهوم حالة الاستحقاق أكثر مما يحصل له من المنفعة، ففيه مصلحة؛ لما فيه من تحصيل الثمن له، وجانب المصلحة راجح؛ لأن منفعة البيع بتحصيل الثمن متيقن، وما يلحق اليتيم من قيمة البناء والأولاد بسبب بيعه موهوم قد يستحق، وقد لا يستحق، فيترجح جانب المصلحة على المضرة، كذا هنا.

وصار الجواب فى الوصى نظير الجواب فى الأب إذا أشهد على حائط صغير له، وإن لم يسقط الحائط حتى بلغ الصبى، ثم سقط، وقتل إنسانًا كان دمه هدرًا؛ لأن التقدم

---

(١) وكان فى الأصل فقط "للصغير".

عليهما ليس بتقدم على الصغير حقيقة، ولكن جعل كالتقدم على الصغير لقيام ولايتهما عليه، فما دامت ولايتهما باقية عليه، يبقى حكم ذلك التقدم فى حقه، وبالبلوغ زال ولايتهما عنه، فبطل حكم ذلك التقدم فى حقه، وصار فى حق الصغير كأن التقدم لم يوجد أصلا.

وكذلك لو مات الأب أو الوصى والغلام صغير، ثم وقع الحائط على إنسان وقتله كان دمه هدرًا؛ لأن بالموت بطلب ولايتهما، فكان موتهما بمنزلة بلوغ الصبى، وإن تقدم على الصبى بعد البلوغ تقدمًا مستقلا، ثم سقط الحائط على إنسان، فقتله فديته على عاقلة الصبى؛ لأن حكم ذلك التقدم قد ارتفع، وصار كأنه لم يوجد حتى بلغ الصبى، وأشهد عليه، هناك كان الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله: فى رجل أخرج من دار ولده الصغير جناحًا، أو كنيفًا، أو فعل ذلك وكيل لرجل فى داره، فتولد منه تلف، فالضمان على الصبى والموكل لقيام فعلهما مقام فعل الصبى والموكل، فصار الصبى والموكل جانيين.

١٩٤٠٣- وفى "المنتقى": حائط مائل فى دار العبد مأذون مديون، فالتقدم فى ذلك إلى العبد؛ لأنه ليس للمولى ولاية الهدم إذا كان العبد مديونًا، فإن تقدم إلى العبد، فلم يهدم حتى وقع على إنسان، فالدية على عاقلة المولى.

١٩٤٠٤- وإذا تقدم فى الحائط إلى بعض الورثة دون البعض، ثم سقط الحائط، فالقياس أن لايضمن الشريك الذى تقدم إليه بالنقض شيئًا، وفى الاستحسان يضمن حصة نفسه، ويطرح عنه حصة شركاءه.

وجه القياس فى ذلك: وهو أن الحائط المائل إنما يصير سبب ضمان إذا صح التقدم، والتقدم إلى الشريك الحاضر لم يصح فى نصيبه؛ لأن التقدم إنما يصح إلى من يملك نقض الحائط، والشريك الحاضر لم يملك نقض نصيبه من الحائط إلا بعد القسمة، وإذا لم يملك نقض نصيبه لم يصح التقدم إليه، كما لا يصح إلى الأجنبى، وإذا لم يصح التقدم إليه صار وجود هذا التقدم وعدمه بمنزلة.

ووجه الاستحسان فى ذلك: أن التقدم قد صح؛ لأن الشريك الذى تقدم إليه بالنقض قادر على نقض الحائط فى نصيبه من حيث الاعتبار، ولو كان قادرًا على نقض

الحائط فى نصيبه من حيث الحقيقة كان التقدم إليه صحيحًا، فكذا إذا كان قادرًا على النقض من حيث الاعتبار، وإنما قلنا: إنه قادر على نقض نصيبه من حيث الاعتبار؛ لأنه يقدر على أن يرافع الأمر إلى القاضى، فيقول للقاضى: بينى وبين فلان وفلان حائط مشترك وقد وهى، وقد مال إلى الطريق، وقد تقدم إلى بالنقض، فإما أن تأمر شركاءى حتى تنقض إذا كانوا حضورًا، وإن كانوا غيبًا، فأذن لى بالنقض، فإذا كان قادرًا على نقض نصيبه بهذا الطريق صح التقدم إليه فى نصيبه، وإذا صح التقدم فى نصيب الحاضر، إذا سقط الحائط بعد ذلك، وأصاب شيئًا، فإنه يضمن الشريك المتقدم إليه بقدر نصيبه من الحائط، ويهدر[1] حصة شركاءه؛ لأنه لم يتقدم إلى شركاءه، ولا إلى من كان نائبًا عن شركاءه، وإنما تقدم إلى الحاضر، فيضمن بقدر حصته من الحائط.

١٩٤٠٥- وفى "المنتقى": رجل مات، وترك ابنًا، ودارًا وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها، وفيها حائط مائل إلى الطريق، ولا وارث للميت غير هذا الابن، فالتقدم فى الحائط إليه، وإن كان لا يملكها، فإن وقع الحائط بعد التقدم إليه، كانت الدية على عاقلة الأب دون عاقلة الابن.

فإن كان الحائط المائل بين خمسة نفر أخماسًا، وتقدم إلى أحدهم بالنقض، ثم سقط على إنسان وقتله، فإنه يضمن المتقدم إليه خمس الدية، ويجب على عاقلته، ويهدر أربعة أخماسه، وهى حصة شركاءه، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأن الشريك الحاضر المتقدم إليه يضمن نصف الدية، ويجب ذلك على عاقلته، ويهدر النصف.

ذكر المسألة فى "الجامع الصغير" على هذا الوجه، وذكر هذه المسألة فى الأصل، ولم يذكر فيها خلافًا.

١٩٤٠٦- قال فى "الجامع الصغير" أيضًا: الدار إذا كانت بين ثلاثة نفر حفر أحدهم فى هذه الدار المشتركة بئرًا، ووقع فيها إنسان ومات، قال: على عاقلة الحافر عند أبى حنيفة رحمه الله ثلثا دية المقتول، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يجب على الحافر نصف الدية، وهذه المسألة مذكورة فى الأصل أيضًا من غير ذكر

(١) وكان فى ظ "يهدم".

خلاف، والخلاف فى هاتين المسألتين من خصائص "الجامع الصغير".

وجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: وهو أن النفس فى مسألة الحائط تلف بجناية معتبرة، وبأربع جنايات غير معتبرة، وذلك لأن الجناية فى نصيب المتقدم إليه معتبرة، وفى أنصباء شركاءه غير معتبرة؛ لأنه لم يتقدم إليهم بالنقض، والنفس متى تلف بخمس جنايات واحدة معتبرة وأربع غير معتبرة، فإنه تعتبر الجنايات الأربع جناية واحدة، ألا ترى أن من جرح رجلا جراحة بغير إذنه، ثم جرحه سبع، ولسعته حية، ولدغته عقرب، وخرجت قرحة وجرحته، ومات من ذلك كله كان على الجارح نصف الدية، واعتبرت الجنايات الأربع لما كان الكل غير معتبر جناية واحدة، وجعل كأن النفس تلف بجنايتين: إحداهما: معتبرة، والأخرى: غير معتبرة، حتى وجب على عاقلة الجارح نصف الدية وهدر النصف، فكذا هذا.

وفى مسألة البئر النفس تلف بثلاث جنايات، من واحد جنايتان من ذلك منه معتبرتان، وهو الحفر فى نصيب صاحبيه، فإنه معتبر؛ لأنه حفر نصيبهما بغير إذنهما، وفى نصيب الحافر غير معتبر، فالنفس تلف ثلاث جنايات من واحد، جناية منها غير معتبرة، وجنايتان معتبرتان، فتعتبر[1] الجنايتان، وإن كان معتبرة جناية واحدة إذا كان الجانى للكل واحدًا كمن جرح رجلا جراحة بإذنه وجراحتين بغير إذنه، ومات من ذلك، فإنه يعتبر الجراحتان اللتان حصلتا بغير إذنه جراحة واحدة حتى ضمن النصف، وصار كأن النفس تلف من حيث الحكم بجنايتين لا غير: إحداهما: معتبرة، والأخرى: غير معتبرة، فكذلك هنا.

والدليل عليه ما قال فى كتاب العتاق: إذا أمر مولى العبد رجلا أن يضرب عبده سوطًا، فضربه ثلاثة أسواط، ومات من ذلك ذكر أن الضارب يغرم ما نقصه السوطان، ثم يغرم نصف قيمته مضروبًا بثلاثة أسواط؛ لأنه تلف العبد بثلث جنايات حصلت من واحد، إحداهما غير معتبرة، وثنتان من ذلك معتبرتان، فجعل الثنتان جناية واحدة لما حصل الكل من واحد، وجعل كأن العبد تلف بسوطين: أحدهما: معتبر، والآخر: غير معتبر حتى وجب الضمان نصفان، فههنا يجب أن يكون كذلك.

---

(١) وفى م "فيجعل".

ولأبى حنيفة رحمه الله أن المتلف فى مسألة الحائط الثقل المقدر لا أصل الثقل، فأن أصل الثقل مما لا يوجب التلف بحال، فإن الثقل إذا كان شيئًا يسيرًا، ووقع على إنسان لا يوجوب التلف بحال، وإذا لم يكن أصل الثقل متلفًا، وإنما المتلف ثقل مقدر وجب أن تكون العبرة فى قيمة الضمان فى التلف الحاصل بالثقل المقدر الثقل قياسًا على ما قالوا جميعًا فيمن استأجر دابة، أو استعار ليحمل عليها كرًّا من حنطة، فحمل عليها كرًّا ونصف كر من حنطة، فنفقت الدابة، فإنه يضمن المستأجر ثلث قيمة الدابة، ولم يجعل كأن الدابة تلف بجنايتين من واحد: إحداهما: معتبرة، والأخرى: غير معتبرة حتى يجب النصف، ويهدر النصف إنما لم يجعل كذلك؛ لأن المتلف ثقل مقدر، فوجب قسمة الضمان على مقدار الثقل، فقلنا: الثلثان من ذلك كان بإذن، والثلث بغير إذن يضمن الثلث، وهدر الثلثان، فكذلك هنا، يجب أن يقسم على مقدار الثقل أخماسًا، خمسة معتبرة وأربعة أخماسه غير معتبرة، فهدر أربعة أخماس النفس، ويعتبر الخمس.

وكذلك فى مسألة الحفر المتلف عمق مقدر لا أصل العمق، فإن أصل العمق مما لايوجب التلف، فوجبت قسمة الضمان على مقدار العمق، وثلث العمق كان غير معتبر، والثلثان اللذان حصل فى نصيب شريكه معتبر، فوجب قسمة الضمان على ذلك، فيضمن الثلثين ويطرح عنه الثلث بخلاف ما أوردت من الجراحات، وذلك لأن المتلف أصل الجرح لا جرح مقدر، فإن من غزر إنسانًا بإبرة فمات ضمن، وهذا لأن الإنسان قد يسلم من جراحة كثيرة ولا يسلم من جراحة يسيرة، فسقط اعتبار المقدار فى الجراحات، ووجب قيمة الضمان على عدد الجناية إذا كانت جناية الجانى مما يجوز أن يكون معتبرة فى حكم من الأحكام، والضرب بمنزلة الجرح بخلاف ما نحن فيه، فإن المتلف ثقل مقدر وعمق مقدر لا أصل العمق والثقل، فيجب قسمة الضمان على مقدار الثقل وعلى مقدار العمق، وإذا وجبت قسمة الضمان على ذلك كان الجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله.

وذكر شيخ الإسلام[1] الزاهد أبو عبد الله الحسين بن على بن أحمد: قال فى "شرح الجامع الصغير": إن هذا الخلاف فى مسألة الحائط فيما إذا قتله الحائط جرحًا، لا

---

(١) وفى ف "الشيخ الإمام".

إذا قتله ثقلا ، وإنما يضمن خمس الدية بلا خلاف ؛ لأنه مات من ثقل شيء خمسه ملكه وأربعة أخماسه ملك غيره ، فيضمن بقدر ملكه لا غير ، وقاسه على ما إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختومًا ، فإنه يضمن جزء من أحد عشر جزءً من قيمة الدابة ؛ لأن حمل هذا القدر غير مأذون فيه ، وما وراءه مأذون فيه ، فيضمن ما ليس بمأذون فيه لا غير ، كذا هنا .

وفى "المنتقى" : ما يؤيد هذا القول وصورة المذكور فى "المنتقى" لو أن حائطًا مائلا بين رجلين أثلاثًا تقدم إلى صاحب الثلث فيه ، ثم سقط على رجل وقتله جرحًا أو شدخًا[1] ، فعليه ثلث الدية عند أبى حنيفة رحمه الله .

قال محمد رحمه الله : وأما أنا فأقول : عليه نصف الدية ، وإن مات من الثقل ، فعليه ثلث الدية بلا خلاف .

قال ثمة : وهو بمنزلة حمار حمل عليها إنسان عشرة أقفزة ، وحمل الآخر عليه خمسة أقفزة ، وكل ذلك كان بغير إذن المولى ، فمات الحمار من ذلك كله تجب القيمة أثلاثًا .

قال ثمة : وهو بمنزلة رجل أخذ بنفس إنسان ، وأخذ آخر بنفسه أيضًا ، وأحدهما أشد من أخذ الآخر ، فمات المأخوذ من ذلك ، وهناك يجب الضمان نصفين ، فكذا هنا ، إذا وقع الحائط على حر ، ولو وقع الحائط على عبد له ، وقتله غمًا ، فإن قيمته عليهما أثلاثًا كدابة حمل أحد هذين الرجلين عليه فقيز وحمل الآخر عليه فقيزين ومات من ذلك كانت القيمة عليهما أثلاثًا ، وإن جرحه الحائط ، ومات العبد من الجراحة ، فالجراحة عليهما أثلاثًا ، والنفس عليه نصفان ، فإن جرحه الحائط ، ومات من الغم ، فالجراحة عليهما أثلاثًا أيضًا .

ولو جرحه الحائط ، ثم مات بعد ذلك من الغم والجراحة ، فإن الجراحة عليهما أثلاثًا ، ونصف ما بقى من النفس ، وهو حصة الغم بينهما أثلاثًا أيضًا ، والنصف الآخر وهو حصة الجراحة بينهما نصفان .

١٩٤٠٧- وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله : فى حائط مائل

(١) شدخًا : الشجة .

لرجلين أشهد عليهما، وحائط مائل لرجل أشهد عليه، فسقطا على إنسان، فقتلاه فنصف الدية على الرجل الذى له الحائط، ونصف الدية على الرجلين اللذين لهما الحائط، سواء مات من الجراحة، أو غمّ، أو ثقل.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن مات من جرح جرحه الحائط، فالدية عليهم أثلاثًا، وإن مات من ثقلها، فالدية عليهما نصفان.

١٩٤٠٨- وإذا وضع الرجل على حائطه شيئًا، فوقع ذلك الشيء، فأصاب إنسانًا، فلا ضمان عليه، إذا وضعه لمولاه حتى لم يصر شيئًا من هذا الطريق مشغولا به، وإن صار سببًا للإتلاف؛ لأنه غير متعدّ فى التسبيب؛ لأنه وضعها فى ملكه، وله أن يضع فى ملكه ما شاء، والمسبب لا يضمن إذا لم يكن متعديًا، فأما إذا وضع عرضًا، حتى خرج طرف منه إلى الطريق إن سقط، فأصاب الطرف الخارج منه شيئًا، فإنه يضمن، وكان الجواب فيه كالجواب فى إخراج المئزاب.

وكذلك لو كان الحائط مائلا، وكان وضع الجذع عليه طولا حتى لم يخرج شيء منه إلى الطريق، ثم سقط ذلك الجذع على إنسان ومات، فإنه لا يضمن، هكذا ذكر فى الكتاب، وأطلق الجواب إطلاقًا، من مشايخنا من قال: هذا إذا كان الحائط مال إلى الطريق ميلا يسيرًا غير فاحش، فأما إذا مال ميلا فاحشًا، فإنه يضمن ذلك؛ لأن الميلان إذا كان غير فاحش، بحيث يوجد ذلك القدر وقت البناء يكون وجوده وعدمه بمنزلة؛ لأن الجدار قل ما يخلو عن قليل ميلان يكون له إلى الطريق.

فأما إذا كان ميلانًا فاحشًا بحيث يخلو عنه البناء فى الأصل، فإنه يضمن إذا سقط ذلك على إنسان، وإن لم يتقدم إليه بالرفع؛ لأنه متى وضع الجذع طولا على الحائط المائل صار شاغلا بعض هواء الطريق، لكن بواسطة الحائط المائل، فيعتبر بما لو شغل الهواء بغير واسطة، ولو شغل هواء الطريق بغير واسطة، بأن كان أخرج الجذع من الحائط، فسقط الجذع، فأصاب إنسانًا ضمن، فكذلك هذا.

ومنهم من قال: الجواب كما أطلقه محمد رحمه الله لا يضمن فى الحالين، وذلك لأنه وإن صار شاغلا للهواء[1] بواسطة ميلان الحائط إلا أن الميلان قبل التقدم ساقط

(١) وفى ظ "بهؤلاء".

الاعتبار حكمًا بدليل أنه لو سقط الحائط قبل التقدم، وأصاب إنسانًا، فإن صاحب الحائط لا يضمن، وإذا صار ميلان الحائط ساقط الاعتبار حكمًا قبل التقدم، صار كأنه وضع الجذع على حائط غير مائل، أو على حائط مائل ميلا يسيرًا، ولو كان كذلك إذا سقط الجذع، فأصاب إنسانًا، لايضمن؛ لأنه وضعه فى ملكه، كذا هنا حتى لو كان الوضع بعد ما تقدم فى الحائط، ثم سقط الجذع، وأصاب إنسانًا، نقول: بأنه يضمن؛ لأنه صار الميلان معتبرًا حكمًا بعد التقدم، فصار شاغلا هواء الطريق بواسطة الحائط، فيضمن متى وقع الجذع بعد ذلك على إنسان.

١٩٤٠٩ – وفى "المنتقى": قال محمد رحمه الله: حائط مائل تقدم إلى صاحبه فيه، فلم يهدمه حتى ألقته الريح، فهو ضامن؛ لأنه إنما يخاف على الحائط المائل أن يقع من الريح، وغير ذلك، قال: وليس هذا كحجر وضعه إنسان على الطريق، وقلبته الريح من موضعه إلى موضع آخر، فعثر به إنسان، فإنه لا يضمن.

١٩٤١٠ – وإذا تقدم إلى الرجل فى حائط فى دار فى يديه، فلم يهدمه حتى سقط على رجل فقتله، فأنكرت العاقلة أن تكون الدار له، فلا ضمان على العاقلة ما لم تقم البينة أن الدار الذى فى يديه ملكه.

وقال زفر رحمه الله: يجب الضمان على العاقلة، وقد ذهب فى ذلك إلى أن الدار فى يده، والقول قول الإنسان فيما فى يده أنه ملكه، وإذا ثبت أن الدار ملكه بقوله صار الثابت بقوله كالثابت بالبينة.

وعلماءنا الثلاثة ذهبوا فى ذلك إلى أن القول قول ذى اليد أن ما فى يده ملكه فيما يرجع إلى الدفع بأن جاء إنسان، وادعى أنه له، كان القول قول ذى اليد أنه ملكه، فأما فيما يرجع إلى الاستحقاق على الغير، فإنه لا يجعل القول قوله: إن الملك فيما فى يده له، ولهذا قلنا: إنه لو أراد أن يستحق الشفعة على المشترى بالملك الثابت له بظاهر اليد لا يقدر عليه حتى يقيم البينة أن الدار ملكه، وهذا لأن الملك بظاهر اليد ثابت بظاهر الحال، والثابت من حيث الظاهر يصلح للدفع، ولا يصلح للاستحقاق على الغير، فكان ولى القتيل محتاجًا إلى إقامة البينة أن الدار ملك صاحب الحائط حتى يجب الضمان على العاقلة.

ثم ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب ما لم تقم البينة : أن الدار ملكه ، ولم يذكر شيئًا آخر ، وقد روى عن محمد رحمه الله فى غير رواية الأصول أنه قال : إن ولى القتيل يحتاج إلى أن يقيم البينة على ثلاثة أشياء حتى يجب الضمان على العاقلة : أحدهما : أن الدار ملكه ، والثانى : أنه قد تقدم إليه ، فإن التقدم لا يثبت فى حق العاقلة بمجرد إقرار الذى الدار فى يده ، وأن يقيم البينة على أنه مات المسقوط عليه من سقوط الحائط ، قالوا : لابد من إثبات الشرطين إذا أنكرت العاقلة كون الدار ملكًا له والتقدم إليه .

فأما الشرط الثالث : وهو أن يشهد أنه مات من سقوطه ، فهذا ليس بشرط على ما نذكره فى ظاهر الرواية ، فإنه قال : إذا شهد شاهدان على رجل أنه جرحه ، ولم يزل صاحب فراش حتى مات قال : يقضى على المشهود عليه ، وإن لم يشهدوا أنه مات من جراحته ؛ لأنه لا علم لهم بذلك ، فكذلك هذا ، وإذا لم يجب على العاقلة يجب فى ماله ، كما لو أقر بجنايته موجبة للمال ، إذا كذبته العاقلة فى ذلك يجب فى ماله ، فكذلك هنا .

وإذا أقرت العاقلة أن الدار له ضمنوا الدية ، كما لو أقروا بجناية خطأ ، وصدّقته العاقلة فى ذلك قال : وكذلك الجناح والمئزاب يشرعه الرجل من داره فى الطريق ، فوقع على إنسان فمات ، وأنكرت العاقلة أن يكون الدار له ، وقالوا : إنما أمره رب الدار بإخراج الجناح ، فلا ضمان عليهم إلا أن يقيم البينة أن الدار له ، وذلك لأن إخراج الجناح من الذى الدار فى يده إنما يوجب الضمان على العاقلة ، إذا أخرجه من داره إلى الطريق ، أو من دار غيره بغير أمر صاحب الدار ، فأما إذا أخرجه من دار غيره بإذن صاحب الدار ، فإن الضمان يجب على عاقلة الآمر إذا كان السقوط بعد الفراغ من العمل استحسانًا ، ولم يثبت كون الدار ملكًا للذى أخرج الجناح إلى الطريق لا بالبينة ، ولا بإقرار العاقلة .

فإن قيل : أمر غيره إياه بإخراج الجناح غير ثابت ، فإن الأصل عدم الأمر ، والأمر عارض .

قلنا : عدم الأمر ثابت بظاهر الحال ، وظاهر الحال يصلح حجة للدفع ، ولا يصلح حجة للاستحقاق ، فإن أقر رب الدار أن الدار له وكذبته العاقلة ، فإن الدية تجب فى ماله ؛ لأن صاحب الدار لا يصدق فى إقراره فى حق العاقلة ، فيجعل وجود إقراره بذلك

في حق العاقلة وعدمه بمنزلة إذا كذبته العاقلة في ذلك، ولو قامت به بينة ضمن ذلك العاقلة؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار العاقلة، ولو أقر العاقلة أن الدار ملكه وجبت الدية على عاقلة صاحب الدار، كذا ههنا.

١٩٤١١- رجل تقدم إليه في حائط مائل له، فلم ينقضه حتى وقع على حائط لجاره وهدمه، فهو ضامن من الحائط الجار؛ لأنه صار جانيًا بترك النقض بعد الطلب من المستحق مع القدرة عليه، فكأنه دفعه بنفسه وواقعه على حائط جاره، ويكون للجار الخيار إن شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن، وإن شاء أخذ النقض وضمنه النقصان؛ لأن الحائط هالك من وجه قائم من وجه، فإن شاء مال إلى جهة القيام، وأخذ النقض من النقصان، وإن شاء مال إلى جهة الهلاك، وترك النقض، وضمنه قيمة الحائط، ولو أراد أن يجبره[1] على البناء كما كان ليس له ذلك؛ لأن الحائط ليس من ذوات الأمثال، ولم يذكر محمد رحمه الله طريق معرفة قيمة الحائط.

وحكى عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني أنه قال: يقوم الدار وحيطانها محيطة بها؛ لأنه أتلف عليه حائطًا محيطًا بالدار، وقيمة الحائط محيطًا بالدار تخالف قيمة الحائط ساقطًا، هذا كما قال في "المنتقى": إذا أرسل دابته في زرع غيره، وأفسده ضمن قيمة الزرع، فطريق معرفة قيمته أن يقوم الأرض مع الزرع الثابت، فيضمن حصة الزرع؛ لأنه أتلف الزرع ثابتًا، وقيمة الزرع ثابتًا غير قيمته مقلوعًا، وإذا ضمنه قيمة حائط كان النقض للضامن؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان على ما عرف.

فلو جاء إنسان، وعثر بنقض الحائط الأول، فالضمان على عاقلة المتقدم عليه، وهذا قول محمد رحمه الله على ما مر قبل هذا، وإن عثر بنقض الحائط الثاني قبل تضمين صاحب الحائط الأول وبعده، فلا ضمان على أحد، أما قبل تضمينه صاحب الحائط الثاني فلانعدام التقدم إليه، وأما على صاحب الحائط الأول فلأنه ليس بقادر على رفعه عند اتصال التلف به؛ لأنه ملك غيره حتى لو كان الحائط الثاني ملكًا لصاحب الحائط الأول كان دية المقتول على الحائط الأول لصيرورته جانيًا بترك تفريغ الطريق عن

---

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل "أن يخيره".

النقض مع القدرة عليه، وأما بعد تضمين صاحب الحائط الأول فلأنه وإن قدر على رفعه عند اتصال التلف به؛ لأنه صار ملكًا له بالضمان إلا أن هذا ملك متجدد لا بد له من تقدم متجدد، ولم يوجد ذلك هنا.

ولو أن الحائط الأول حين وقع على الحائط الثاني، وهدمه وقع الحائط الثاني على رجل وقتله، لا ضمان على صاحب الحائط الثاني لانعدام الجناية منه، وإنما الضمان على عاقلة صاحب الحائط الأول؛ لأنه صار جانيًا بترك التفريغ بعد الطلب مع القدرة عليه، فكأنه ألقى الحائط الأول على الحائط الثاني، حتى وقع الثاني على إنسان وقتله، وهناك كان الجواب، كما قلنا، فهنا كذاك -والله أعلم-.

١٩٤١٢- حائط مائل لرجل أخذ القاضي صاحبه بالهدم، فضمن رجل أن يهدمه بأمره، فهو جائز، وللضمين أن يهدمه بغير أمره، ذكره في "المنتقى".

١٩٤١٣- رجل تقدم عليه في حائط مائل له لا يخاف أن يقع على الطريق، لكن يخاف أن يقع على حائط له آخر صحيح لا يخاف وقوعه، فيقع الصحيح في طريق المسلمين، ولم يقع المائل، ولكن وقع الصحيح بنفسه، فأتلف إنسانًا، أو عثر بنقضه رجل كان هدرًا؛ لأن التقدم ما وقع على الصحيح مقصودًا، حتى يجب عليه هدم الصحيح، فيصير بترك الهدم مع القدرة عليه جانيًا.

وإنما وقع التقدم عليه بطريق التعدي من الحائط المائل، وإنه ما سقط بطريق التعدي من الحائط المائل، وإنما سقط مقصودًا، ومن هذا الوجه لم يوجد التقدم، فيكون بمنزلة حائط سقط على إنسان قبل أن يتقدم عليه فيه، حتى لو سقط الثاني بطريق التعدي من الأول، فأتلف إنسانًا، أو عثر به إنسان لا يكون هدرًا -والله أعلم-.

١٩٤١٤- حائطان لرجلين كل حائط لرجل على حدة وهما مخوفان أشهد على صاحبيهما[1]، فوقع أحدهما على صاحبه، فطرحه على رجل، أو طرحه في الطريق، فعثر رجل بنقضه، فعلى صاحب الحائط الأول دية الذي أصابه الحائط الثاني؛ لأن الحائط الأول لما كان واقعًا للثاني صار كأن صاحب الحائط الأول أخذ الحائط الأول، وألقاه على الثاني حتى سقط على رجل، وهناك كان الجواب كما قلنا، فهنا كذلك،

---

(١) وكان في ظ وف: "عليهما".

وليس عليه ضمان القتيل الذى عثر بنقض الحائط الثانى ؛ لأنه ليس بقادر على رفعه عن الطريق ؛ لأنه ملك غيره، وليس على صاحب الحائط الثانى شيء من دية الذى أصابه حائط، ولا من دية الذى عثر بنقض حائطه ؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا خيف على كل حائط وقوعه على الطريق، لا وقوعه على صاحبه.

وإذا كان موضوع المسألة هذا كان التقدم واقعًا على كل واحد منهما مقصودًا، لا بطريق التعدى على الآخر، والحائط الثانى هنا ما وقع مقصودًا، وإنما وقع بطريق التعدى عن الأول، ومن هذا الوجه لا يقدم، فلهذا لا يضمن صاحب الحائط الثانى، ولو كان مكان الحائط الأول جناحًا أخرجه رجل إلى الطريق ووقع على حائط مائل لرجل تقدم عليه، ووقع الحائط على رجل، فقتله أو عثر رجل بنقض الحائط بعد ما وقع على الأرض، فذلك كله على صاحب الجناح ؛ لأن إشراع الجناح نفسه جناية ؛ لأنه يشغل هواء طريق المسلمين، فصاركأنه ألقاه بيده على الحائط حتى وقع على الأرض، فكان حصول نقض الحائط فى الطريق مضافًا إلى فعل صاحب الجناح، فيضمن من عثرته وإن كان لا يملك رفعه.

١٩٤١٥- رجل له سفل، ولآخر علو، وهما مخوفان تقدم على صاحبهما، فلم يهدما حتى سقط السفل، فرمى بالعلو على إنسان فقتله، فدية المقتول على عاقلة صاحب السفل ؛ لأن سقوط السفل بعد التقدم مضاف إليه كأنه أسقطه، وسقوط العلو حصل بسقوط السفل، فصار سقوط العلو مضافًا إلى صاحب السفل من هذا الوجه كأنه أسقطه على القتيل، ولهذا صار العلو مضمونًا على صاحب السفل، فصار ضمان المقتول على صاحب السفل لهذا، وضمان من عثر بنقض السفل عليه أيضًا إذ التقدم على السفل المخوف تقدم على نقضه، فوجب عليه رفعه تفريغًا لطريق العامة، وهو متمكن من رفعه لكونه ملكًا له، ومن عثر بنقض العلو، فلا ضمان فيه على أحد، أما على صاحب السفل لأنه غير متمكن من رفعه ؛ لأنه ملك غيره، ولا ضمان على صاحب العلو أيضًا وإن تقدم عليه فى العلو، والتقدم على العلو تقدم على نقضه ؛ لأن موضوع المسألة أنه تقدم على العلو مقصودًا لا تبعا، والعلو سقط تبعا لا مقصودًا.

قال: فى الرجل يخرج فى ملكه طريق الأعظم ويسد طريق ضيق القديم يكون له

ذلك إذا لم يكن يضر بالمسلمين؛ لأن لكل واحد من آحاد المسلمين حق الانتفاع بالطريق الأعظم من حيث المرور، ولا ضرر فى المرور هنا للمسلمين، فكل انتفاع لا ضرر فيه للمسلمين يكون كالمرور، فيلحق بالمرور، وكل انتفاع فيه ضرر بالمسلمين لا يكون كالمرور، فلا يلحق بالمرور، فعلم أن الطريق الأعظم حق كل واحد من المسلمين بطريق الإباحة كالحشيش دون الملك، أما إذا كان يضر بالمسلمين فلكل واحد من أهل الطريق رفعه.

١٩٤١٦- قال فى الرجل: يخرج فى الطريق الأعظم كنيفًا، أو جرصًا، أو مئزابًا، أو بنى دكانًا، فلرجل من عرض الناس أن ينزع ذلك كله، والجرص: هو البرج الذى يكون فى الحائط، وقيل: الجرص المتزاب الملتصق بالحائط فى أسفل بئر يجتمع فيها الماء، وإنما كان كذلك لأن طريق المسلمين حق عامتهم، فإذا شغله بما ليس بحق له، فقد تصرف فى حقهم بغير حق، فكان لكل واحد من أهل الطريق رفعه، ويدخل فى الرجل من عرض الناس الكافر؛ لأن الكفار فى استحقاق الطريق مثل المسلمين لحاجتهم إلى الطريق، وحاجتهم معتبرة خصوصًا إذا كان ذميًا.

وإن كانت هذه الأشياء قديمة، لا يكون لأحد حق الرفع، وإن كان لا يدرى حالها، فإنها تجعل حديثة، وهذا هو الأصل أن ما يكون من هذه الأشياء على طريق العامة، ولا يعرف حاله أنه يجعل حديثًا حتى كان للإمام حق الدفع[1]، وإن أخرج شيئًا من هذه الأشياء فى الطريق الخاص فى سكة غير نافذة، فلكل واحد من أهل السكة إذا كان له حق المرور تحت هذه الأشياء حق النزع، ومن ليس له حق المرور تحت هذه الأشياء من أهل السكة، فليس له حق النزع، وإن كانت هذه الأشياءقديمة ليس لأحد حق النزع، وإن كان لا يدرى حال هذه الأشياء تجعل قديمة، وهذا هو الأصل أن ما كان فى سكة غير نافذة من هذه الأشياء إذا لم يعرف حاله يجعل قديمًا بخلاف ما إذا كان على طريق العامة، وكان كالجذوع الشاخصة فى دار إنسان إذا كان لا يدرى حالها تجعل قديمة، حتى لا يكون لصاحب الدار رفعها، ولكن صاحب الجذوع يمنع من البناء، كذا هنا.

وذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الصلح: إذا أراد الرجل إحداث ظلته فى

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "الرفع".

طريق العامة، ولا يضر بالعامة، فالصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله: أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الطرح، وعلى قول محمد رحمه الله: له حق الخصومة فى المنع من الإحداث، وليس له حق الرفع، وقال أبو يوسف رحمه الله: ليس له حق المنع ولا حق الرفع، وأما إذا كان يضر بالمسلمين فلكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الرفع جميعًا.

وإن أراد إحداث الظلة فى سكة غير نافذة، فإنه لا يعتبر فيه الضرر وعدم الضرر عندنا، بل يعتبر فيه إذن باقى الشركاء.

قال محمد رحمه الله فى الكتاب: ولصاحب هذه الأشياء أن ينتفع بها إذا لم يضر بالمسلمين، وإن كان يضر بهم، كره ذلك له، وهذا لأن لكل واحد من آحاد المسلمين حق الانتفاع بالطريق الأعظم من حيث المرور، ولا ضرر فى المرور للمسلمين، وكل انتفاع لا ضرر فيه للمسلمين ملحق بالمرور، فيكون حقًا له، وكل انتفاع فيه ضرر المسلمين، لا يكون كالمرور، فلا يحلق بالمرور. توضيحه أن الطريق الأعظم حق كل واحد من المسلمين بطريق الإباحة دون الملك كالصيد والسبيل فى استيفاء المباح أن لا يتضمن ضررًا بأحد، وإذا تضمن حرم.

وكذا البالوعة يحفرها إنسان فى الطريق الأعظم منع من ذلك؛ لأنه لا يخلو من الضرر لا محالة.

ذكر شيخ الإسلام فى كتاب الصلح: ذكر أبوجعفر الطحاوى: أن من أراد إحداث ظلة فى طريق العامة قيل: يباح له ذلك، ولا يأثم قبل أن يخاصمه أحد فى رفعها، وبعد ما خوصم فى رفعها ومنع من ذلك لا يباح له الانتفاع، ويأثم بتركها بعد ذلك على قول أبى حنيفة رحمه الله، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يباح له ذلك ما لم يضر بأحد، وكان أبو يوسف ومحمد اعتبرا الضرر، وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الخصومة.

وقد ذكر هذه المسألة فى أول كتاب الوكالة فى حديث على وطلحة رضى الله عنهما، ولم يحك فيه خلافًا، وحكى الخلاف هنا، فيجوز أن تكون المسألة مختلفة فيه، فيكون بناء على مسألة كتاب الدعوى، وهى إحداث أمر حادث فى العلو الذى لا سفل

له ؛ لأن أبايوسف ومحمداً رحمهما الله اعتبرا الضرر كذا هنا ، قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : إذا حفر بالوعة على طريق المسلمين إن فعل بإذن السلطان ، فلا ضمان عليه فيما عطب به ، وإن فعل بغير إذنه ضمن ، قال : وهكذا الجواب في هذا النوع من المسائل .

١٩٤١٧- قال في "الأصل" : وإذا وضع الرجل في الطريق حجرًا أو بنى فيه أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة في الطريق ، أو أشرع كنيفًا ، أو جناحًا ، أو مئزابًا ، أو ظلة ، أو وضع في الطريق جذعًا ، فهو ضامن إذا أصاب شيئًا ، وأتلفه إلا أن المتلف إذا كان آدميًا ، فإنه يجب الضمان على عاقلته ، وإن جرح آدميًا ، ولم يتلفه إن بلغ أرشه أرش الموضحة ، فإنه يجب على العاقلة ، وإن كان دون ذلك ، فإنه يجب في ماله ، ولا كفارة عليه ، ولا يحرم عن الميراث إذا كان المقتول مورثه ، وإن أصاب مالا وأتلفه ، فإنه يجب في ماله .

ذكر المسألة في الأصل مطلقًا : وإنها على التفصيل الذي ذكره في مسألة "الجامع الصغير" : إن فعل ذلك بغير إذن الإمام يضمن ، وإن فعل بإذن الإمام لا يضمن ، وذلك لأنه سبب للإتلاف ، وهو متعدّ في التسبيب إذا فعل بغير إذن الإمام ؛ لأنه شغل طريق المسلمين أو هواء طريق المسلمين بما ليس له حق الشغل ، والتسبيب إذا كان تعديًا ، فهو ملحق بالمباشرة في حق حكم الضمان ، حتى يجب الضمان على المسبب حسب وجوبه على المباشر ، والجواب في المباشرة على التفصيل الذي قلنا ، فكذا في التسبيب الذي هو ملحق بالمباشرة ، فأما إذا فعل ذلك بإذن الإمام ، فهو غير متعدّ ؛ لأن للإمام ولاية على الطريق الأعظم بصفة الإطلاق والعموم ؛ لأنه نائب عن العامة ، فصار ذلك الفعل حقًا بإذن الإمام ، وخرج من أن يكون جناية وتعديًا ، كما لو فعل ذلك في ملك نفسه .

قال مشايخنا : وإنما يجوز للإمام أن يأذن بذلك إذا كان لا يضر بالعامة بأن كان في الطريق سعة ، فأما إذا كان يضر بالعامة بأن كان في الطريق ضيق ، لا يباح له ذلك .

ثم ما ذكر من الجواب في الكتاب : إذا فعل شيئًا من ذلك في الطريق الأعظم ، أو في الطريق في سكة نافذة ، أما إذا فعل شيئًا من ذلك في الطريق في سكة غير نافذة ، فعطب به إنسان ينظر إن فعل ما ليس من جملة السكنى ، لا يضمن حصة نفسه ،

ويضمن حصة شركاءه، وإن فعل شيئًا هو من جملة السكنى، فالقياس كذلك أيضًا.

وفى الاستحسان: لا يضمن شيئًا؛ لأن الطريق فى سكة غير نافذة مملوك لأهل السكة مشتركة فيما بينهم، وكان الجواب فيه كالجواب فى الدار المشترك، والجواب فى الدار المشترك إذا أحدث أحد الشركاء حدثًا بغير إذن شركاءه على التفصيل الذى ذكرنا، كذا هذا بخلاف ما إذا كانت السكة نافذة أو فى الطريق الأعظم؛ لأنه غير مملوك.

قالوا: وقد روى هذا التفصيل عن محمد بن الحسن رحمهما الله فى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: طريق غير نافذ بين قوم وضع أحدهم فيه خشبة، أو توضأ، أو قعد، أو أوقف دابة، فعطب به إنسان، فلا ضمان؛ لأن هنا بمنزلة الدار بين الشركاء.

١٩٤١٨- قال: وإن حفر بئرًا ووقع به إنسان ومات، فهو ضامن، كما لو حفر بئرًا فى الدار المشترك إلا أن هذه السكة تخالف الدار المشترك فى حفر البئر فى خصلة، وهى أن الحافر فى البئر لا يضمن ما نقضها الحفر، والحافر فى الدار المشتركة يضمن ما نقضها الحفر؛ لأن الدار المشتركة مملوكة لهم على الحقيقة يبيعونها ويقسمونها، ولا يبيعون السكة، ولا ضمان على العاثر وإن كان العاثر مسببًا للإتلاف أيضًا كواضع الحجر، وذلك لأن العاثر وإن كان سببًا للإتلاف إلا أنه غير متعدّ، فإنه إنما عثر بسبب المشى على الطريق، وذلك مباح له.

والأول متعدّ؛ لأنه شغل طريق المسلمين بصنعه بما ليس له حق الشغل، وقد ذكرنا أن المسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا، ولا يضمن إذا كان غير متعدّ، كذا هنا، وإذا نحّى الرجل شيئًا من ذلك عن موضعه، فعطب به إنسان، فالضمان على الذى نحاه، وقد خرج الأول عن الضمان، وذلك لأن الثانى لما نحاه عن موضعه فقد زال جناية الأول؛ لأن جناية الأول كانت فى شغل هذا الموضع بما ليس له حق الشغل، وشغل الأول قد زال، فزال جناية الأول، وصار الثانى شاغلا مكانًا آخر غير ما شغله الأول، فكان الجانى هو الثانى، وهذا لأن الأول لم يباشر الإتلاف، ولا سبب لم يباشر؛ لأنه لم يتصل فعله بالمتلف، ولا سبب؛ لأنه لم يتصل أثر فعله بالمتلف، فإن أثر الفعل الأول شغل مكان الأول بهذا الحجر، وقد زال الشغل عن ذلك المكان، فزال أثر فعله، فإنما

اتصل بالمتلف أثر فعل الثانى لا أثر فعل الأول، والثانى كان فى الفعل متعديًا.

١٩٤١٩- ولو ألقى رجل فى الطريق ترابًا كان بمنزلة الحجر والخشب؛ لأنه شغل الطريق بما ليس له حق الشغل، فكان متعديًا فى ذلك كما لو شغله بالحجر والخشبة.

١٩٤٢٠- ولو أن رجلا كنس طريقًا، لم يكن عليه فى ذلك ضمان، إن عطب إنسان؛ لأنه بالكنس محسن، وليس بمتعدّ، فإنه أزال الأذى عن الطريق، وذلك مندوب شرعًا، فكان محسنًا فيما صنع لا متعديًا، فلم يكن عليه ضمان إلا أن يكون جمع الكناسة فى موضع من الطريق فتعقل به إنسان، ولو كان كذلك كان الذى كنس ضامنًا؛ لأنه شغل الطريق بما ليس له شغله، فكن متعديًا فى هذا التسبيب، فما تولد منه يكون مضمونًا عليه.

١٩٤٢١- وإذا وضع الرجل جمرًا فى الطريق فحرق شيئًا، فإن ضمان ذلك على الواضع، وذلك لأنه فى وضعه كان جانيًا متعديًا، فما تولد منه، فإنه يكون مضمونًا عليه، فإن هبت به الريح، فحركته عن موضعها، فلا ضمان عليه فيما أحرقت[1] بعد ذلك؛ لأن فعله قد انقطع بتحريك الريح، فقلنا: إن الضمان سقط.

من أصحابنامن قال: هذا إذا حركت عينها عن موضعها، وأما إذا ذهبت بشررها، فأحرقت شيئًا، فإن الضمان يجب عليه فى ذلك أيضًا، وذلك لأنها إذا حركت عينها، فذهب بها عن موضعها، فقد انقطع فعله، فيكون الضمان ساقطًا عنه، فأما إذا ذهبت بشررها، فالعين باقٍ فى مكانه، فتكون الجناية باقية، فيكون الضمان عليه.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى يقول: إذا كان اليوم يوم ريح، فهو ضامن، وإن ذهب الريح بعينها، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى لا يقول: بالضمان من غير التفصيل.

١٩٤٢٢- ولو أن رجلا رش الطريق، فعطب به إنسان، ومات، وجب[2] الضمان على عاقلته، ولا كفارة عليه.

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "احترقت".

(٢) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "وجبت الدية".

وكذلك الوضوء هكذا ذكر فى الكتاب، وأطلق الجواب إطلاقًا، قالوا: إنما يضمن الراشّ إذا مر المار على الموضع الذى رش، ولم يعلم بذلك، بأن كان ليلا، أو كان المار أعمى وعثر، ومات من ذلك؛ لأنه سبب الإتلاف، وهو متعدّ فى التسبيب، فإنه شغل الطريق بما ليس له حق الشغل، وهو الماء، فكان كما لو شغله بالحجر والخشب.

فأما إذا علم المار بالرش ومضى على الموضع الذى رش ومات، فإن الرش لا يضمن؛ لأن المار هو الذى خاطر بروحه لما علم بالرش، وتعمد المشى عليه، فكان مباشرًا لإتلاف نفسه، فكان كمن حفر بئرًا على قارعة الطريق، فإنسان وثب من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر خاطر بذلك، فوقع فى البئر فمات، فإنه لا ضمان على الحافر؛ لأنه مباشر للإتلاف نفسه بأمر منها محظور والحافر مسبب، فكذلك هذا، وكذا الجواب لو تعمد المرور على الخشبة الموضوعة أو على الحجر الموضوع فعثر به فمات فإنه لا ضمان على الواضع؛ لأن المار مباشر للإتلاف نفسه بأمر محظور والواضع مسبب، فكذلك هنا.

ومن مشايخنا من فصل الجواب بأمر آخر: وقال: إذا رش فعثر به فمات، فإنه لا ضمان على الراش؛ لأنه لا ضرورة للمار فى مروره على الموضع الذى رش، فإذا مر مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء.

فأما إذا رش جميع الطريق حتى لم يجد المار موضعًا يابسًا يمر عليه إذا مر فى هذه الحالة وعثر به ومات، فإنه يجب الضمان على الراش؛ لأنه مضطر فى المرور على المكان الذى رش.

وهكذا قالوا: أيضًا إذا مر على الخشبة الموضوعة على الطريق متعمدًا إن أخذت الخشبة الطريق كلها، فمر عليها وعثر، فإن واضع الخشبة يضمن؛ لأنه مضطر فى المرور عليها؛ لما أخذ الطريق كلها، فأما إذا أخذت بعض الطريق دون البعض فمر على الخشبة متعمدًا لايضمن واضع الخشبة؛ لأنه تعمد المرور على الخشبة، وهو غير مضطر فى ذلك وهذا إذا رش وسط الطريق.

فأما إذا رش فناء حانوت بإذن صاحب الحانوت، فعثر به إنسان فمات، فالقياس

أن يكون الضمان على الراش، وفى الاستحسان: أن يجب الضمان على الآمر صاحب الحانوت، وعلى قياس ما لو استأجر أجيرا ليبنى له دكانًا، فبنى حانوتا، فتعقل به إنسان، فمات بعد فراغ الأجر من العمل، فالقياس أن يكون الضمان على الأجير، وفى الاستحسان: على الآجر، فهذا على ذلك، وإن كان الآمر أمره بالبناء فى وسط الطريق، فتعقل به إنسان فمات، فالضمان على الآجر، لا على الآمر قياسًا واستحسانًا، فكذلك هذا.

١٩٤٢٣- وإذا أشرع الرجل جناحًا فى الطريق الأعظم، ثم باع الدار، فأصاب الجناح رجلا فقتله، فالضمان على البائع دون المشترى؛ لأن الجناية وجدت من البائع دون المشترى؛ لأن الجناية فى هذا الباب فى شغل طريق المسلمين بالجناح، وهذا الشغل وجد من البائع دون المشترى، وبأن باع الدار من غيره لم يزل الشغل، فبقيت جنايته على حالها، فكان بمنزلة من وضع حجرًا على الطريق أو خشبة، ثم باعها من غيره، ثم تعقل به إنسان كان الضمان على البائع؛ لأنه بالبيع لم يصر مفرغًا ما حصل به الشغل، فبقى جنايته على حاله، كذا هنا، وهذا بخلاف ما إذا أشهد على رجل فى حائط مائل، فلم ينقض حتى باع الدار الذى فيها ذلك الحائط، فقد برئ عن الضمان؛ لأن هناك ارتفع جناية البائع؛ لأن بناء الحائط نفسه ليس بجناية والميلان ليس بصنعه، وإنما الجناية ترك التفريغ عند اتصال التلف به مع القدرة على التفريغ، وبالبيع عجز عن التفريغ، فارتفعت الجناية، فلهذا افترقا.

فإن قيل: فى مسألتنا كما أن البائع جانٍ بالشغل، فالمشترى جانٍ بترك التفريغ مع الإمكان.

قلنا: المشترى ليس بجانٍ لا مباشرة ولا تسببيًا، أما مباشرة فظاهر؛ لأنه لم يتصل فعله بالمتلف، وأما تسببيًا؛ لأنه لم يتصل بالمتلف أثر فعله؛ لأنه لم يوجد من المشترى فعل إلا أنه صار تاركًا معروفًا، وهو تفريغ طريق المسلمين، لكن ترك المعروف لا يوجب الضمان كمن رأى أعمى يقع فى البئر، فلم يمنعه من الوقوع حتى وقع فيها ومات، لا ضمان عليه، وإن ترك معروفًا كمن رأى إنسانًا يموت من الجوع، ومعه طعام، فلم يدفعه، حتى مات لم يضمن، وإن ترك معروفًا وفرضًا، وكمن وضع حجرًا، فمر به

إنسان ، وأمكنه الدفع ، كان عليه الدفع ، فإن لم يفعل حتى تعقل به إنسان ، لا ضمان عليه وإن ترك معروفًا ؛ لأنه لم يباشر الإتلاف ، ولا سبب له ، فكذا هذا بخلاف البائع ؛ لأنه مسبب ، فإن اتصل بالمتلف أثر فعله الذى كان تعديًا منه ، والمسبب على هذا الوجه ضامن .

١٩٤٢٤– ومن أشرع ميزابًا فى الطريق ، فسقط ، فأصاب إنسانًا ، فهذا على أربعة أوجه : إما إن علم أنه أصابه الطرف الداخل الذى يلى الحائط ، أو علم أنه أصابه الطرف الخارج من الحائط ، أو أصابه الطرفان جميعًا ، وعلم بذلك ، أو لم يعلم أنه أصابه الطرف الداخل الذى يلى الحائط أو الطرف الخارج .

فإن علم أنه أصابه الطرف الداخل الذى يلى الحائط ، فلا ضمان عليه ، وإن كان مسببًا للأتلاف ؛ لأنه غير متعدّ فى التسبيب ؛ لأن الطرف الذى يلى الحائط موضوع فى ملكه ، وله أن يضع فى ملكه ما شاء ، والمسبب للإتلاف إذا لم يكن متعديًا فى التسبيب ، لا يضمن .

وإن أصابه الطرف الخارج ضمن ؛ لأنه سبب وهو متعدّ فى التسبيب ؛ لأنه شغل هواء طريق المسلمين بصنعه ، فكان بمنزلة ما لو بنى حائطًا مائلا إلى الطريق ، فسقط على إنسان فمات ، فإنه يضمن ، كذا هنا .

وإن أصابه الطرفان جميعًا ، وقد علم بذلك وجب نصف الضمان ، وهدر النصف ، وذلك لأن التلف حصل بجنايتين : إحداهما معتبرة والأخرى غير معتبرة ، فيهدر النصف ، ويعتبر النصف كما لو جرح نفسه ، وجرحه رجل ، وجرحه إنسان ، وجرحه عبده أو سبع ومات ، وهناك يهدر النصف ويعتبر النصف ، كذا هنا .

وإن لم يعلم أى الطرفين أصابه ضمن النصف ، وهدر النصف استحسانًا ؛ لأنا تيقنا أنه قتيل الميزاب إلا أنا لا ندرى أى الطرفين أصابه ، فيجعل كأنه أصابه الطرفان كما لو جرحه إنسان وسبع ومات ، ضمن الرجل نصف الدية ؛ لأنا نعلم أنه قتيل الجراحة إلا أنا لا ندرى أنها قتيل أى جراحة ، فجعلناه قتيل الجراحتين ، كذا هنا .

١٩٤٢٥– وإذا أشرع من داره كنيفًا أو جناحًا إلى الطريق ، فوقع ، فعطب إنسان تحته بعد السقوط ، فقد ذكرنا قبل هذا أنه يضمن ، وهكذا ذكر فى "الزيادات" : أنه

يضمن، وذكر فى "المنتقى" : أنه لا يضمن.

قال فى "المنتقى" : وهو بمنزلة رجل وضع شيئًا فى الطريق، فزال عن ذلك الموضع، فعطب به عاطب.

١٩٤٢٦- قال فى "المنتقى" : رجل أخرج من حائط له إفريزًا، والإفريز : القطعة من الشيء معزول عنه تقول : فرزت أى عزلت، والجواب فيه أنه إن كان كبيرًا ضمن ما أصاب ذلك، وإن كان صغيرًا يسيرًا لم يضمن، لو ضمن بهذا لضمن أن جصص الحائط، أو طينه من خارج.

وفيه أيضًا : عبد تاجر عليه دين، أو لا دين عليه أشرع كنيفًا من داره، فعطب به إنسان، فهو فى رقبة العبد فى قول أبى يوسف رحمه الله، وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله : إن فعل ذلك بإذن المولى، فالضمان على عاقلته، وإن فعل ذلك بغير إذن المولى، فالضمان فى رقبة العبد، ولو كان حائط مائل فى هذه الدار أشهد عليه، فهو على قول أبى يوسف رحمه الله فى رقبة العبد، وفى قول أبى حنيفة رحمه الله : هو على عاقلة المولى، وإن حفر العبد فيها أو بنى فيها بناء بإذن المولى، أو بغير إذن المولى، فعطب به إنسان، فلا شيء فيه، وإن فعل المولى ذلك بغير إذن العبد، فلا ضمان فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله : هو ضامن فى القياس، لكنى أدع القياس ولا أضمنه، وكذلك الراهن إذا بنى فى دار الرهن، أو حفر فيها بئرًا، أو ربط فيها دابة بغير أمر المرتهن، لم يضمن شيئًا.

١٩٤٢٧- وفيه أيضًا : إذا وقف دارًا على المساكين، فأخرجها من يده، ودفعها إلى رجل يجعل غلتها فى المساكين، فأشهد على الوكيل فى الحائط المائل منها، فسقط على إنسان، فالدية على عاقلة الواقف، فإن أشهد على الذى له الوقف يعنى المساكين، فلا ضمان.

١٩٤٢٨- وفيه أيضًا : مسجد مال حائطه يشهد على صاحبه الذى بناه، فإذا لم يهدمه بعد الإشهاد، حتى سقط على إنسان، فالدية على عاقلته.

١٩٤٢٩- وفيه أيضًا : رجل ضرب إنسانًا، فسقط على الطريق ميتًا، ومعه مال،

فتوى، فالضارب يضمنه، وكذلك يضمن ثيابه التى عليه، وإن عطب إنسان بالمقتول أو بثيابه، فإن كان حين ضربه، سقط ميتًا، أو سقط حيًا، فلم يستطع أن يبرح حتى مات مكانه، فإن دية الثانى الذى عطب على عاقلة القاتل، وإن كان يقدر على أن يقوم، فلم يقم حتى مات مكانه، فكأنه جنى به المقتول.

١٩٤٣٠ - وفيه أيضًا: ولو أن رجلا مر فى الطريق، فسقط ميتًا من غير جناية أحد، فعطب به إنسان لم يضمن، لا الميت ولا عاقلته، ولو سقط حيًا، ثم مات ضمن عاقلة من عطب به.

ومن هذا الجنس:

١٩٤٣١ - رجل يمشى فى الطريق، فأدركه مرض، فوقع مغمى عليه، وأدركه ضعف[١]، فلم يقدر معه على المشى، فوقع على إنسان فقتله، أو وقع على الأرض حيًا، ثم مات، فعثر به إنسان، فالضمان واجب على عاقلته؛ لأنه وقع حيًا، ومثله يجنى، فإن كان وقع على إنسان فقتله، فعليه الكفاة، ولا ميراث له منه، وإن كان وقع على الأرض، فعثر به عاثر، فلاكفارة فيه، ولا يحرم الميراث، وهذا كله قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله.

ومن هذا الجنس:

١٩٤٣٢ - رجل عثر فى الطريق بحجر، لم يضعه أحد فيه، أو بحجر سقط من حائط، لم يشهد على صاحبه فيه، أو عثر بقميصه، فتعقل به، فسقط على إنسان، أو سقط ميتًا، فعثر به عاثر، فضمان ذلك على العاثر الأول، ويجعل كأنه قتل نفسه فى الطريق، فيضمن من عثر به ومن عثر لمن عثر به، وهذا المسألة تخالف المسألة المتفقة فيما إذا وقع على الأرض ميتًا.

١٩٤٣٣ - وفى "المنتقى": عمرو بن أبى عمرو عن محمد عن أبى حنيفة رحمهم

---

(١) وكان فى ظ: "خطب".

الله: رجل يمشى فى الطريق، وعليه شىء هو لابسه مما يلبسه الناس، فعطب به إنسان، أو وقع على إنسان، أو وقع فى الطريق، فعثر به إنسان، فلا ضمان عليه فى شىء من ذلك، وإن كان لبس من ذلك ما لا يلبسه الناس، فهو بمنزلة الحامل له، ويضمن ما عطب به، ولو كان يمشى فى الطريق، فأدركته ميته، فوقع ميتًا على رجل، فقتله، أو وقع ميتًا على الطريق، فعثر به عاثر، فلا ضمان.

قال: ولا يشبه هذا واللباس بما سواهما يريد بقوله ما سواهما أن يحمل شيئًا فى الطريق، فسقط منه، فعطب به إنسان، فإن هناك يضمن، وكذلك إذا وضع شيئًا فى الطريق، فعطب به ضمن الواضع ديته على العاقلة، وأشار إلى الفرق، فقال: لأن له أن يمشى فى الطريق واللباس لا بد منه، وأما ما يحمله فى الطريق وإن كان له أن يحمله، فإنما له ذلك على أنه إن سقط، وأهلك شيئًا، يضمن.

وكذلك الرجل يسوق الدابة، ويقودها وهو راكب عليها، فسقط عنها بعض أداتها من سرج أو لجام، أو ما أشبه ذلك على إنسان وقتله، أو سقطت الدابة على الطريق، أو سقط بعض أداتها على الطريق، وعثر بها إنسان ومات، فالسائق والقائد والراكب ضامنون لذلك.

١٩٤٣٤ - سئل محمد رحمه الله عن رجل صب ماء فى الطريق، فاستنقع الماء، ثم جمد، فزلق الإنسان بذلك الجمد، قال: الذى صب الماء ضامن له، وكذلك لو ذاب الجمد بعد ذلك، فزلق به إنسان، أو كان ألقاه فى الطريق وهو جمد، فذاب فزلق إنسان.

١٩٤٣٥ - وإذا ضرب الرجل فسطاطا فى طريق مكة، أو فى طريق آخر مثل طريق مكة، فعطب به إنسان، فإن كان فعل ذلك على المحجة، حيث يمر الناس والدواب، فهو ضامن، وإن فعله يمنة أو يسرة من الطريق حيث لا يمر الناس، فلا ضمان -والله أعلم-.

١٩٤٣٦- رجل وضع جرة فى الطريق، وفيها زيت، أو ليس فيها شىء، ورجل آخر وضع جرة أخرى فى الطريق أيضًا، فتدحرجت إحداهما، فأصابت الأخرى فانكسرتا، قال: ضمن صاحب الجرة التى لم يتدحرج قيمة الجرة الأخرى، ومثل الزيت

الذى فيها؛ لأن القائمة التى وضعها صاحبها، لم يكن لصاحبها أن يضعها فى الطريق، فصار جانيًا بالوضع، وهى فى المكان الذى وضعها فيه، فهى كحجر وضعه فى الطريق، فعطب به إنسان، وهناك يجب الضمان، فههنا كذلك.

وأما صاحب الجرة التى تدحرجت لا يضمن شيئًا؛ لأنه لما زالت الجرة عن الموضع الذى وضعها فيه خرج فعله من البين، فخرج من الضمان ذكر المسألة فى "نوادر ابن رستم" فى آخر الجنايات، وسيأتى بعد هذا رواية أبى يوسف رحمه الله بخلاف هذا، ولو تدحرجتا لا ضمان على واحد منهما، ولو مالت إحداهما، فضربت على الأخرى من غير أن يزول عن موضعها الذى وضعها فيه، فانكسرتا أو انكسرت المائلة أو القائمة، فعلى كل واحد منهما ضمان ما انكسر بجرته؛ لأنهما لما لم تزل عن ذلك الموضع بقى مضافًا إلى فعل الواضع.

حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى: أن الجرتين إذا كانتا على طريق الجادة، فكل واحد منهما ضامن من قيمة جرة صاحبه فى الأحوال كلها إذا تدحرجت إحداهما، فصدمت الأخرى فانكسرتا.

أما إذا اغترف أحدهما من الحوض بجرته، ووضعها على الشط، ثم جاء آخر، فاغترف بجرته، فوضعها على الشط، فتدحرجت الأجرية، فصدمت الأولى فانكسرتا.

قال بعض الناس: الضمان على صاحب الأخيرة.

وقال بعضهم: كل واحد ضامن من قيمة جرة صاحبة.

وقال بعضهم: الضمان على صاحب الجرة القائمة على كل حال.

والأصل فى جنس هذه المسائل: أن من وضع شيئًا فى مكان، فعطب به شىء إن كان له حق الوضع فى ذلك المكان لا يضمن الواضع ما عطب به سواء عطب به، وهو فى ذلك المكان بعد، أو عطب به بعد ما نزل عن ذلك المكان، وإن لم يكن له حق الوضع فى ذلك المكان إن عطب به وهو فى ذلك المكان يضمن، وإن عطب به بعد ما زال عن ذلك المكان، إن كان الزوال بمزيل كما لو كان وضع حجرًا، فهبت به الريح، فأصاب شيئًا فكسره، أو سال الماء، ورفع الحجر، فأصاب شيئًا فكسره، فلا ضمان؛ لأن جنايته

قد زالت بالماء والريح، وإن كان الزوال لا بمزيل كما فى الجرة، إذا تدحرجت، ففيه اختلاف بين المتقدمين والمتأخرين، أما اختلاف المتأخرين ما ذكرنا، وأما اختلاف المتقدمين: فقد ذكر البقالى: إذا وضعا جرتين على الطريق، فتدحرجت إحداهما على الأخرى فانكسرتا، ضمنا عند أبى يوسف رحمه الله، وعن[1] محمد رحمه الله: أنه يضمن صاحب القائمة لا غير.

وعن القاضى الموهلى قال: سئل عمن وضع جرة فى الطريق، فجاء آخر، فوضع أخرى، فسال من الأولى، فابتل المكان، فوقعت على الأخرى فكسرتها، فقلت: لا أدرى، ثم سألت محمدًا رحمه الله، فقال: لا أدرى، ثم قال: لا يضمن، ولو وقعت الأولى على الأخرى، ضمن صاحبها.

١٩٤٣٧ - وضع شيئًا على الطريق، فنفرت عنه دابته، فقتلت رجلا، فلا ضمان على الواضع إن لم يصبها ذلك الشيء، وكذا الحائط المائل إذا تقدم إلى صاحبه، فسقط على الأرض، فنفرت عنه دابته، وقتلت إنسانًا، لا ضمان عليه، إنما يضمن صاحب الحائط، والواضع فى الطريق إذا أصاب الحائط شيئًا فأتلفه، أو أصاب الواضع شيئًا فأتلفه.

١٩٤٣٨ - ذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الجنايات: فى باب الحفر لكل صاحب الدار الانتفاع بفناء داره ما ليس لغيره من إلقاء الثلج، والطين، والحطب، وربط الدواب، والقعود، وبناء الدكان، والتنور، ولكن بشرط السلامة، والجواب فى الانتفاع بفناء الدار من إلقاء الثلج والطين والحطب وربط الدواب، كما ذكر هنا صحيح.

أما فى بناء الدكان والتنور: فعلى التفصيل إن كانت السكة نافذة، فالجواب هكذا، وإن كانت غير نافذة، فليس لأحد من أهل السكة أن يشرع كنيفًا أو مئزابًا، أو يبنى فيها شيئًا إلا بإذن جميع أهل تلك السكة؛ لأن مثل هذه السكة تكون ملكًا لأهلها عادةً، فتكون مشتركة بينهم على هذا التقدير، فلا ينفرد واحد منهم بالتصرف فيها، هكذا ذكر فى "الجامع الصغير" فى كتاب الجنايات.

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "عند" مكان "عن".

وأما الكلام فى الهلاك بالثلج المرمى بأن زلق به إنسان، أو دابة، فقد ذكر محمد رحمه الله فى آخر جنايات "كتاب العيون"، وفصل الجواب أيضًا، وقال: إن كانت السكة غير نافذة، فلا ضمان على الرامى، وإن كانت نافذة يضمن الذى رمى بالثلج جعله مقيدًا بشرط السلامة، وهذا لأن السكة إذا لم تكن نافذة، فهى مخلص لهم، فلم يكونوا متعدين، وإذا كانت نافذة، ففيها حق العامة، فكانوا متعدين فى رمى الثلج.

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وهذا الذى ذكره محمد رحمه الله جواب القياس، ونحن نستحسن، ونقول: لا يجب الضمان عليهم سواء كانت السكة نافذة أو غير نافذة؛ لأن فيه عموم البلوى، وإنما أجاب محمد رحمه الله بالضمان فى السكة النافذة؛ لأنه لم يكن عندهم فى الثلج بلوى عامة[١]؛ لأن الثلج يقل فى بلادهم، وأما البلوى فى إلقاء الطين وربط الدابة، ووضع الحطب، فلا يتفاوت بين بلد وبلد، فلا يتأتى فيه الاستحسان الذى قال الفقيه أبو الليث رحمه الله، فيكون الجواب فيه على القياس كما ذكره محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير".

وفى "العيون": أنه يكون مقيدًا بشرط السلامة.

وبعض مشايخ زماننا قالوا: إن فعلوا ذلك بإذن الإمام، أو كانت[٢] السكة بحال يلحقهم حرج عظيم بنقل الثلج حتى عرف الإذن بإلقاء الثلج، وتركه دلالة، والجواب كما قال الفقيه أبو الليث، وإلا فالجواب كما ذكره محمد رحمه الله.

ويؤيد هذا ما حكى عن الفقيه أبى القاسم: أنه سئل عن بلدة ذات ثلج، وربما يكثر الطين فى الطريق، فألقى كل واحد بفناء داره، أو قرب داره حجرًا، فتعقل به إنسان قال: أحب إلى أن يكون ذلك بإذن الإمام، وإن فعل ذلك بغير إذن الإمام، فالقياس أن يجب الضمان.

١٩٤٣٩- عبد لرجل ثام[٣] فى طريق المسلمين، أو قعد، ثم أعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان ومات، فالضمان على عاقلة المولى؛ لأن النوم مستدام، والقعود كذلك،

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: "عامًا" مكان "عامة".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى ظ وف وم "كان" مكان "كانت".

(٣) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف "قام".

ولهذا يضرب لهما مدة، يقال : نام يومًا، قعد يومًا، وما كان مستدامًا كان للإدامة حكم الإنشاء، فكأنه أنشأ النوم والقعود بعد العتق، ولو كان كذلك كان الجواب كما قلنا؛ لأن بالنوم والقعود فى الطريق يصير جانيًا لشغله طريق المسلمين، وموجب جناية المعتق على عاقلة المولى.

ولو كان العبد يمشى فى الطريق، فوقع فانكسر رجله، وصار بحيث لا يقدر على أن يبرح من مكانه، ثم أعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان ومات، فعلى المولى قيمة العبد لورثة العاثر؛ لأن العبد ههنا صار جانيًا بأصل الفعل لا بالدوام عليه لزوال اختياره بسبب كسر الرجل، وأمكن جعله جانيًا بأصل الفعل؛ لأن المرور فى الطريق وإن كان مباحًا إلا أنه مقيد بشرط السلامة، فإذا سقط حتى عثر به إنسان لم تحصل السلامة فيصير جانيًا، فهو معنى قولنا : العبد يصير ههنا جانيًا بأصل الفعل، وهو فى تلك الحالة مملوك للمولى، وقد صار المولى مانعًا إياه بالإعتاق على وجه لم يصر مختارًا للفداء لعدم الجناية يوم الإعتاق، وفى مثل هذا تجب القيمة على المولى كالمدبر يجنى بجناية، وكالعبد[1] يحفر بئرًا على قارعة الطريق، ثم يعتقه مولاه، ثم يقع فيها إنسان.

ولو أوقف العبد دابة فى الطريق، فراثت ثم أعتقه مولاه، ثم عثر بها إنسان ومات، فعلى المولى قيمة العبد لورثة العاثر بها؛ لأن العبد هنا إنما صار جانيًا بنفس الإيقاف؛ لأن فعله الإيقاف، فأما وقوف الدابة ومكثها فعل الدابة؛ لأن الدابة لها فعل يتحول ويمكث، والإيقاف ليس بمستدام، فيجعل كالمنشئ بعد الإعتاق، فلهذا صار جانيًا بنفس الإيقاف، وهو فى تلك الحال مملوك للمولى، وقد تعذر دفعه بصنع المولى على وجه لم يصر مختارًا للفداء، فتجب قيمته للمولى بخلاف قعود العبد فى الطريق، ووقوفه بنفسه؛ لأن ذلك فعل العبد ابتداء ودوامًا، وإنه مما يستدام، فيجعل كالمنشئ لذلك بعد العتق، أما ههنا بخلافه على ما ذكرنا.

١٩٤٤٠- ولو قمط رجل عبد الرجل، ورماه فى الطريق، ثم أعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان، فدية العاثر على من قمط، ورماه فى الطريق؛ لأن الرمى فى الطريق جناية منه، ولم يتمكن العبد من التحول بعد العتق ليصير كالمنشئ للجناية بعد العتق،

---

(١) وفى "ظ" : فكالعبد.

فيفسخ به حكم فعل الرامى، فيكون موجب الجناية عليه، فيبقى الفعل منه جناية معتبرة، حتى لو كان العبد مع القماط يقدر على الذهاب، ثم أعتقه مولاه، فلم يذهب حتى عثر به إنسان كان أرش الجناية على مولاه، ويجعل مقامه فى ذلك المكان مع القدرة على الذهاب جناية مبتدأة منه كأنه أنشأ القعود بعد العتق، فيفسخ حكم فعل الرامى، ولو كان أجلس العبد فى الطريق من غير رباط ولا قماط، ثم أعتقه مولاه، فلم يبرح عن مكانه حتى عثر به إنسان وجب أرش الجناية على مولاه؛ لأنه مختار فى المقام فى ذلك المكان، فيجعل دوامه عليه بمنزلة ابتداء الجلوس بعد العتق، فيفسخ فيه حكم فعل من أجلسه.

١٩٤٤١- وذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل وضع جرة على طريق، فدحرجتها الريح، ونحتها عن موضعها، فعطب بها إنسان لم يضمن، ولو تدحرجت الجرة بنفسها من غير أن دحرجتها الريح، فعطب بها إنسان يضمن، وهذه الرواية تخالف رواية ابن رستم التى تقدم ذكرها.

الفصل الخامس عشر
فى مسائل المسجد وبناء القنطرة وحفر البئر

١٩٤٤٢- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى المسجد يكون للعشيرة، فيجىء رجل من العشيرة، فيعلق به قنديلا أو يبسط فيه بوارى أو حصا، فعطب به إنسان لا شىء عليه، وإن كان الجاعل[1] من غير العشيرة ضمن ذلك كله، هذا هو لفظ الكتاب.

وفى الأصل يقول: وإذا احتفر أهل المسجدفى مسجدهم بئر الماء المطر، أو علقوا فيه قناديل، أو وضعوا فيه حبًا يصب فيه الماء، أو طرحوا فيه حصا، أو ركبوا فيه بابًا، أو طرحوا فيه بوارى أو ظللوه، فلا ضمان عليهم فيما عطب بذلك، وذلك لأنهم مسيئون، وهو غير متعدين فى التسبب فلا يضمنون ما تولد منه قياسًا على ما لو أحدثوا ذلك فى أملاكهم، وإنما قلنا: إنهم غير متعدين فى التسبب، وذلك لأن تدبير المسجد فيما يرجع إلى عمارة المسجد ومصالحه إلى أهل المحلة، ولهذا قالوا: لو وجد فى هذا المسجد قتيل، فإن الدية والقسامة على أهل المحلة، ؛ لأن المسجد تحت رأيهم وتدبيرهم، ولهذا كان نصب المؤذن والإمام إلى أهل المحلة دون غيرهم، ولهذا قالوا: بأن غير أهل المحلة إذا صلوا بجماعة كان لأهل المحلة أن يعيدوه، ولو صلى أهل المحلة لا يكون لغيرهم أن يصلوا ثانيًا بجماعة، وإذا كان الرأى والتدبير فيما يتصل بعمارة المسجد إلى أهل المسجد صاروا بمنزلة الملاك فى حق المسجد فيما يتصل بعمارة المسجد، والمالك إذا أحدث فى ملكه شيئًا من هذا، لم يكن متعديًا، فكذلك هنا.

وأما إذا أحدث هذه الأشياء غير أهل المحلة فعطب به إنسان فهذا على وجهين: إما إن أحدثوا ذلك بإذن أهل المحلة، أو بغير إذنهم، فإن فعلوا ذلك بإذنهم لم يكن عليهم فى ذلك ضمان، ؛ لأن فعل غيرهم بإذنهم كفعل أهل المحلة لأنفسهم، ألا ترى أن من حفر بئرًا فى طريق المسلمين بإذن الإمام، فوقع فيهاإنسان لم يضمن كما لو حفر

(١) هكذا فى ظ، وكان فى ف وم: "الجانى"، وكان فى الأصل: "الجائى".

الإمام بنفسه، أما إذا فعلوا ذلك بغير إذن أهل المحلة إن أحدثوا بناء، أو حفروا بئرًا، فعطب فيها إنسان، فإنهم يضمنون بالإجماع؛ لما ذكرنا أن أهل المحلة فى حق المسجد بمنزلة الملاك، فيكون غير أهل المحلة بمنزلة الأجانب منه، والأجنبى لو أحدث شيئًا من هذا فى ملك غيره بغير أمره كان ضامنًا، فكذلك هذا.

فأما إذا وضعوا حُبًّا ليشرب منه الماء، أو بسطوا حصيرًا، أو بوارى، أو علقوا قناديل بغير إذن أهل المحلة، فتعقل[1] إنسان بالحصير فعطب، أو وقع القنديل، أو أحرق ثوب إنسان، أو أفسده قال أبو حنيفة رحمه الله: بأنهم يضمنون، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يضمنون، وذهبا فى ذلك إلى أن هذا فعل يستحق به الثواب، وما يستحق به الثواب لايجوز أن يتعلق به الضمان، ولأن الناس فى الصلاة فى المساجد شرعًا على السواء، وبسط الحصير وتعليق القناديل، ووضع الحب للماء من توابع الصلاة محتاج إليها لأجل الصلاة، ثم أهل المسجد لا يضمنون بهذه الأشياء، فكذا غيرهم بخلاف البئر والبناء؛ لأنه لا يحتاج إليهما لأجل الصلاة، فلم يكونا من توابع الصلاة.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: فعل ما ليس بملك له، ولا هو داخل تحت ولايته، فيضمن ما تلف به كما لو حفر بئرًا لمصالح المسجد، وإنما قلنا: ذلك لأن التدبير والرأى فى مصالح المسجد للعشيرة لا لغيرهم، ألا ترى أن غير أهل المسجد لو فعل شيئًا من ذلك كان لأهل المسجد أن يمنعوه عنه.

وما قالا: إن هذا فعل يستحق به الثواب.

قلنا: لو قال: قائل لا يستحق به الثواب على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يبعد على أن هذا يشكل بما إذا وقف إنسان فى الطريق لإماطة الأذى عن الطريق أو لدفع الظلم عن غيره فعطب به إنسان يضمن وإن كان يستحق به الثواب، وما يقولان: بأن الناس فى الصلاة فى المساجد سواء شرعًا، قلنا: ليس كذلك، ألا ترى أن أهل المسجد لو صلوا فيه بجماعة لايكون لغيرهم أن يصلوا فيه بجماعة، ولو كانوا فى الصلاة سواء لم يكونوا فى هذه الأشياء على السواء.

---

(١) وكان فى "ظ": "فتعلق".

قوله : هذه الأشياء من توابع الصلاة، قلنا : يشكل بحفر البئر ونصب المؤذن، فإن ذلك لأهل المسجد لا لغيرهم، وكل ذلك من توابع الصلاة.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : أكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة، وعليه الفتوى.

وفي "المنتقى" : رواية مجهولة، وإذا فرش الرجل فراشًا في المسجد ونام عليه، فعثر رجل بالنائم، فلا ضمان، ولو عثر بالفراش، فهو ضامن، وسيأتي بعد هذا إن شاء الله عن أبي حنيفة رحمه الله مسألة العثار بالنائم بخلاف هذا.

١٩٤٤٣- وفيه أيضًا رواية مجهولة : إذا بنى مسجدًا في طريق المسلمين بغير أمر السلطان، فعطب الرجل بحائطه، فهو ضامن في قول أبي حنيفة رحمه الله، وكذلك قول أبي يوسف رحمه الله إذا كان في طريق الأمصار حيث يكون تضييقًا وإضرارًا، وإن كان في الصحراء بحيث لا يضر بالطريق غير أنه في أفنية المصر، فلا ضمان عنده استحسانًا.

وقال أبو يوسف رحمه الله : لو أن رجلا أخرج من داره مسجدًا أو بنى كان أولى الناس من أهل المحلة وغيرهم بإصلاحه وإلقاء بواريه والإسراج، وليس لأحد أن يشرك فيه[1] إلا بإذنه.

وعن أبي يوسف رحمه الله أيضًا : برواية بشر عن أبي حنيفة رحمه الله لأهل المسجد أن يهدموا مسجدهم، ويجددوا بناءه، وليس لغيره أن يفعل ذلك إلا برضاهم.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : أكثر مشايخنا أخذوا بقوله في هذه المسألة، وعليه الفتوى.

١٩٤٤٤- قال فيه أيضًا : إذا قعد الرجل في المسجد لحديث، أو نام فيه، أو قام فيه لغير الصلاة، أو مر فيه مار لحاجة من الحوائج، فعثر به إنسان، ومات قال أبو حنيفة رحمه الله : بأنه ضامن، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : بأنه لا ضمان عليه إلا أن يمشي فيها على إنسان.

---

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل : "أن يشترك فيه".

فأما إذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة، أو قعد للتدريس، أو لتعليم الفقه، أو للاعتكاف، أو قعد يذكر الله تعالى، ويسبحه، ويقرأ القرآن، فعثر به إنسان فمات، هل يضمن، على قول أبى حنيفة رحمه الله؟ لا رواية لهذا فى الكتاب والمشايخ المتأخرون فى ذلك مختلفون، منهم من يقول: يضمن عند أبى حنيفة رحمه الله، وإليه ذهب أبو بكر الرازى.

وقال بعضهم: لا يضمن، وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجانى، فأما إذا كان يصلى، فعثر به إنسان، فإنه لا ضمان عليه، سواء يصلى التطوع أو الفرض؛ لأن التطوع يصير فرضًا بعد الشروع.

فهما يقولان: إن القعود فى المسجد لا للعبادة مأذون فيه شرعًا، ألا ترى أن أهل الصفة كانوا يلازمون المسجد، وكانوا ينامون فى ذلك، ويتحدثون بما ليس فيه مأثم، ولم يُروَ أن النبى ﷺ كان يمنعهم من ذلك، والدليل على أنه مأذون شرعًا أنه ليس لأحد أن يمنعهم من ذلك بخلاف القعود فى الطريق؛ لأنه غير مأذون به شرعًا، ألا ترى أنه يمنع من ذلك.

١٩٤٤٥- هذا إذا كان الخلاف فى قعود كان لا للعبادة لا غير، وإن كان الخلاف فى الفصلين، فالكلام لهما فيه أظهر، وذلك لأن المسجد كما بنى للصلاة بنى لذكر الله تعالى وللاعتكاف فيه، قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يسبح لَه فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ﴾[1]، وقال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿وَأَنتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾[3]، وقال النبى ﷺ: «المنتظر للصلاة فى الصلاة مادام ينتظرها»[4]، ثبت أن المسجد كما بنى لإقامة

---

(١) سورة النور: الآية ٣٦.

(٢) سورة البقرة: الآية ١١٤.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٧.

(٤) أخرجه البخارى فى "صحيحه" ١/ ٧٦، ٢٠٨، ٢٣٣، ٢٣٤ حديث (١٧٤، ٥٤٥، ٦٢٣، ٦٢٧) ومسلم فى "صحيحه" ١/ ٤٤٢، ٤٥٩، ٤٦٠ حديث (٦٣٩، ٦٤٩) وابن خزيمة فى "صحيحه" أيضًا ١/ ١٨٧ حديث (٣٥٧) وفى ١/ ١٨٧ حديث (٣٦٠) وابن خزيمة ٢/ ٣٧٨ حديث (١٥٠١) وابن حبان أيضًا فى "صحيحه" ٢/ ١٢٨ حديث (٤٠٢) والحاكم فى "المستدرك"

الصلاة بنى لإقامة هذا القرب فيها، وإجماع[1] أنه لو عثر به إنسان حال إقامة الصلاة فإنه لا يضمن؛ لأنه أقام فى المسجد ما له إقامته، فكذلك إذا قعد فى المسجد لإقامة ذكر الله تعالى، أو للتدريس، أو لانتظار الصلاة.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بأن المسجد إنما بنى للصلاة، ولذكر اسم الله تعالى، وما يكون من القرب، فأما لم يبن للقعود فيه للحديث، ولا للنوم، فإذا نام فيها، أو قعد للحديث، فقد شغل المسجد بما لم يوضع له، فإذا تولد منه تلف كان مضمونًا، وإن كان لايمنع عنه فى الابتداء كما لو جلس فى الطريق للاستراحة بأن عيى[2]، فعثر به إنسان فمات، يضمن، وإنما يضمن لأنه شغل الطريق بما لم يوضع له، وإن كان لا يمنع من ذلك إذا كان لايضر بالمار، فكذلك هذا، وهذا كما لم يمنع من القعود فى فناء داره، ومن إحداث البئر فيه، أو بناء الدكان فيه، ومع هذا إذا عثر به إنسان فمات، فإنه يضمن بخلاف ما لو قعد للتدريس، أو قعد ينتظر الصلاة، أو يذكر الله تعالى، أو يقرأ القرآن على قول من قال: بأنه لا يضمن عنده إذا جلس عنده للعبادة؛ لأنه شغل المسجد بماله شغله، فإن المسجد كما بنى للصلاة بنى لقرب آخر سوى الصلاة.

فأما من قال: بأنه يضمن سواء كان القعود للعبادة أو لغير العبادة يقول: بأن المسجد فى الأصل إنما بنى لإقامة الصلاة، ولم يبن لإقامة هذه الأشياء بدليل أنه إذا ضاق المسجد على المصلى كان للمصلى أن يزعج القاعد من موضعه حتى يصلى فيه، وإن كان القاعد مشتغلا بذكر الله، أو بالتدريس، أو بقراءة القرآن، أو بالاعتكاف، ولو كان المسجد مبنيًا لهذه الأشياء لم يكن لغيره أن يزعجه عن ذلك، ألا ترى أنه لما بنى للصلاة

١/ ٣٠٥ حديث (٦٨٩) وأبو داود فى "سننه" ١/ ٥١ حديث (١٩٩) وفى ١/ ١٢٨ حديث (٤٧١) و١/ ٢٤٧٤ حديث (١٠٤٦) والنسائى فى "سننه" ٢/ ٥٥ حديث (٧٣٤) وفى ٣/ ١١٤ حديث (١٤٣٠) والبزار فى "مسنده" ٨/ ١٤٧ حديث (١٨٦٤) والطبرانى فى "الأوسط" ١/ ٦٦ حديث (١٨٥) والشافعى فى "مسنده" ١/ ٧٢، والبيهقى فى "الكبرى" ١٠/ ٧٧ حديث (١٩٨٩٣ والدارمى فى "سننه" تعليقًا ١/ ٣٨٢، وأحمد فى "مسنده" ١/ ١٤٤، ١٤٧، وفى ٢/ ٨٨، ١٢٦، ٢٦٦، ٣٩٤، ٤١٥، ٤٢١، ٥٢٨، والطيالسى فى "مسنده" ١/ ٣٢١ حديث (٢٤٤٨) وأبو يعلى فى "مسنده" ٢/ ٥٠٧ حديث (١٣٥٥).

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "والإجماع".

(٢) وكان فى ف وم: "عنى".

لم يكن للآخر أن يزعج السابق عن مكانه ، وكالطريق لما أعد للمرور إذا ضاق الطريق على الناس ليس للبعض إزعاج البعض ، وهنا لما قالوا : بأن للذى يريد الصلاة أن يزعج القاعد عن مكانه وإن كان القاعد مشتغلا بالعبادة كما له إزعاجه إذا كان القعود لغير العبادة ، علم أن المسجد لم يبن لهذه الأشياء ، فكان شاغلا المسجد بما لم يوضع المسجد له فى الأصل ، فيكون مباحًا له بشرط السلامة كالقعود فى الطريق للاستراحة وحفر البئر ، وإحداث الدكان فى فناء داره .

وأما قولهم : بأن القعود يباح للنوم وللحديث بدليل ما قال ، قلنا : نعم مباح ، ولكن بشرط السلامة ، ألا ترى أن الانتفاع بفناء داره بربط الدابة وغيره مباح ، حتى لا يكون لأحد أن يمنعه من ذلك إذا كان لا يضر بالمار ، ثم مع هذا إذا عثر به إنسان كان مضمونًا عليه .

١٩٤٤٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : فى رجل يجعل قنطرة على نهر بغير إذن الإمام ، فمر عليها رجل متعمدًا ، فيقع فيعطب ، فلا ضمان عليه ، هكذا ذكر المسألة ههنا .

واعلم أن هذه المسألة على وجهين : إما إن كان النهر مملوكًا له ، أو لم يكن مملوكًا له ، فإن كان مملوكًا له ، فلا ضمان عليه ، وإن صار مسببًا للتلف ؛ لأنه غير متعد فى هذا التسبب .

وإن لم يكن النهر مملوكًا له ، فهذا على وجهين : إن كان نهرًا خاصًا لأقوام مخصوصين ، فلا ضمان عليه إن كان تعمد المرور عليها ، وإن لم يتعمد المرور عليها ، فهو ضامن ، وصار الجواب فيه كالجواب فيما إذا حفر بئرًا فى ملك إنسان ، فوقع فيها إنسان وعلى قياس ما كتبنا قبل هذا فى مسألة الأرش ينبغى أنه إذا لم يجد طريقًا آخر يمر فيه ، وموضعًا بغير النهر أنه يضمن ، وإن تعمد المشى عليه . فأما إذا كان نهرًا عامًا لجماعة المسلمين ، وقد فعل ذلك بغير إذن الإمام ، فالجواب فيه كالجواب فيما لو نصب جسرًا ، أو قنطرة على نهر خاص لأقوام مخصوصين ، هكذا ذكر فى ظاهر الرواية .

وروى عن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الأصول : أنه إذا كان النهر عامًا لجماعة المسلمين ، فإنه لا ضمان على واضع القنطرة والجسر ، سواء علم الماشى بذلك أو

لم يعلم.

وجه ما روى عن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الأصول: وهو أنه أقام خشبة فى موضع له فيه حق، ولم يبطل على غيره حقًا له، فوجب أن لا يضمن ما تولد منه قياسًا على ما لو بسط واحد من أهل المحلة حصيرًا فى المسجد، فعطب[1] به إنسان فمات، وقياسًا على ما لو حفر بئرًا فى المفاوز التى ليست ممر الناس بغير إذن الإمام، فوقع فيه إنسان فمات.

وإنما قلنا: إنه أقام الخشبة؛ لأن وضع القنطرة حسبة، فإنه يندب الإنسان إلى فعله، ويثاب عليه فى موضع له حق؛ لأن النهر لعامة المسلمين، فيكون لواضع القنطرة فيه حقًا، ولم يفوت حقًا على غيره بما فعل، فإن حق الناس فى المرور، وقد أحيى هذا الحق بما صنع لا أنه فوته بخلاف النهر الخاص؛ لأنه لا حق له فيه، والتصرف فيما لا حق للإنسان فيه جناية بخلاف النهر العام؛ لأن له فيه حقًا، وبخلاف ما لو حفر بئرًا فى ممر الناس بغير إذن الإمام، فإنه يضمن إذا وقع فيه إنسان، وإن كان حفر البئر حتى يسقى المارة الماء منه حسبة، وقد فعل ذلك فى موضع له فيه حق؛ لأنه بما صنع أبطل حق الممر على غيره بخلاف ما نحن فيه.

وجه ما ذكر فى ظاهر الرواية: وهو أنه إن أقام حسبة فى موضع له فيه حق له إلا أنه فوت بما صنع حقًا على غيره، فإن التدبير والمصلحة فى القناطر على الأنهار العظام للإمام، وقد أبطل هذا الحق على الإمام بغير إذنه، فكان جناية بهذا الاعتبار، وكان بمنزلة ما لو حفر بئرًا فى الطريق العام ليسقى بها المارة، فوقع فيها إنسان ضمن، وإن كان ما أقام حسبة؛ لأنه جناية من حيث إنه أبطل حق المرور على الناس، وأبطل الرأى والتدبير على الإمام أيضًا بغير إذنه، فعد ذلك جناية منه، فضمن بخلاف ما لو بسط الحصير فى المسجد واحد من أهل المحلة؛ لأنه أقام حسبة، ولم يبطل حقًا على غيره، فإن التدبير فى بسط الحصير، وفيما يتصل بعمارة المسجد إلى أهل المحلة بخلاف ما نحن فيه.

قياس مسألتنا من تلك المسألة أن لو بسط الحصير واحد من غير أهل المحلة بخلاف

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم وف: "فتعقل".

ما لو حفر بئرًا في المفازة التي لسيت بممر الناس، وذلك لأنه أقام حسبة ولم يفوت حقًا على غيره؛ لأن الانتفاع بالأرض الموات حاصل بإذن الإمام، وهو قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا مواتًا»[١][٢]، فهي له إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول: فهي له منفعة لا رقبة، وهما يقولان: منفعة ورقبة، وإذا كان كذلك فيما صنع لم يفوّت حقًا على الإمام، فأما في مسألتنا هذه لم يرد الإذن من الشرع بنصب القناطر على النهر العام، إنما ورد في الانتفاع بالأرض الموات، والأرض الموات ما انقطع عنه منفعة الناس، فأما ما كان منتفعًا به لا يكون مواتًا، فيكون نصب القنطرة حاصلا بغير إذن الإمام، والتقريب ما ذكرنا.

١٩٤٤٧- وإذا حفر الرجل بئرًا في طريق المسلمين في غير زمانه، فوقع فيها إنسان، ومات من الوقوع أجمعوا على أنه لا قصاص على الحافر، وأجمعوا على أنه تجب الدية على عاقلته ولا تجب عليه الكفارة، ولا يحرم عن الميراث عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله، والقياس أن لا تجب الدية أيضًا كما لا تجب الكفارة ولا يحرم عن الميراث؛ لأن هذه الأحكام علقت بالقتل شرعًا، أما الدية والكفارة قال الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أهلِهِ﴾.

وأما حرمان الإرث قال عليه السلام: «لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة»[٣]،

---

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: "ميتة".

(٢) أخرجه البخاري في "صحيحه" ٢/ ٨٢٣ تعليقًا والنسائي في "الكبرى" ٣/ ٤٠٤ وابن سعد في "الطبقات" ١/ ٢٨٤ وفي ٣/ ١٠٤ أيضًا، وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" ٤/ ١٥٧ وابن حجر في "الفتح" ٥/ ١٨-١٩، وفي "الإصابة" ٦/ ١٢٧، وهذا الحديث أخرجه أيضًا ابن حبان في "صحيحه" ١١/ ٦١٤ حديث (٥٢٠٢) و١١/ ٦١٤ حديث (٥٢٠٣) والضياء في "الأحاديث المختارة" ٣/ ٢٩٧ حديث (١٠٩٦و١٠٩٨) والبيهقي في "الكبرى" ٦/ ٩٩ حديث (١١٣١٨) والدارقطني في "سننه" ٣/ ٣٥ حديث (١٤٤) والشافعي في "مسنده" ١/ ٢٢٤ وأبو داود في "سننه" ٣/ ١٧٨ والنسائي في "الكبرى" ٣/ ٤٠٤ حديث (٥٧٥٦) والبزار في "مسنده" ٤/ ٨٦ حديث (١٢٥٦) والطبراني في "الأوسط" ١/ ١٩٠ حديث (٦٠١) وأحمد في "مسنده" ٣/ ٣٠٤ حديث (١٤٣١٠).

(٣) أخرجه الدارمي في "سننه" ٢/ ٤٧٨، ٤٧٩ حديث (٣٠٨٠ و٣٠٨٦) وأحمد في "مسنده" ١/ ٤٩ حديث (٣٤٦) والربيع في "مسنده" ١/ ٢٦١ حديث (٦٦٨) والدارقطني ٤/ ١٢٠ حديث (٣) والبيهقي ٨/ ١٣٣ تعليقًا وفي ٦/ ٢٢٠ حديث (١٢٠٢٥) وابن عبد البر في "التمهيد" ٢٣/ ٤٤٥

والمعلق بالشرط لا يجب قبل وجود الشرط بتمامه، ولم يوجد من الحفر القتل بتمامه؛ لأنه اتصل بالواقع أثر فعله وهو العمق لا حقيقة فعله، فإن حقيقة فعله الحفر، والحفر اتصل بالأرض لا بالواقع، فمن حيث إنه اتصل أثر فعله بالواقع كان قاتلا، ومن حيث إنه لم يتصل به حقيقة فعله لم يكن قاتلا، فكان قاتلا من وجه دون وجه.

والدليل على أن الحافر قاتل من وجه دون وجه، أنا أجمعنا على أن الحفر إذا كان فى ملك الحافر، فوقع فيه إنسان فمات، لا يضمن، ولو كان الحافر قاتلا من كل وجه كالمباشر كان يضمن، وإن كان فى ملكه كالرامى لما كان قاتلا من كل وجه، يضمن إذا أصاب إنسانًا سواء كان الرمى فى ملكه أو غير ملكه، وكالراكب على الدابة إذا وطئت إنسانًا بيدها أو برجلها، كان ضامنًا وإن كانت الدابة ليس فى ملكه؛ لأنه قاتل من كل وجه، فإن فعله اتصل بالمقتول، وهنا لما أجمعوا أنه لا يضمن إذا كان الحفر فى ملكه، ولأن الحافر ليس بقاتل من كل وجه، وإذا لم يثبت القتل من كل وجه لا يثبت حكمه، وهو الكفارة وحرمان الميراث، كان قضية ما ذكرنا أن لا يثبت الحكم الآخر وهو الدية، لكنا تركنا هذه القضية فى حق وجوب الدية بالإجماع وبالنصوص، أما الإجماع فلأن الأمة أجمعت على وجوب الدية على المسبب.

وأما النصوص فلأن الصحابة رضى الله عنهم أوجبوا الضمان على الناخس، والناخس مسبب، وأوجبوا الدية على العاقلة وإن لم يتصل بالمقتول فعل العاقلة حقيقة، ولا أثر فعلهم، والنص الوارد بإيجاب الدية على المسبب، وإنه قاتل من وجه دون وجه من الوجه الذى بينا، والدية تجب غرامة على المتلف لا جزاء عن القتل حتى لم يتعدد بتعدد الجزاء حتى لو أكره جماعة على قتل واحد لا تجب إلا دية واحدة بالقتل، ووجب عندنا على الصبى والمجنون لا يكون واردًا دلالة فى حق حرمان الميراث والكفارة، وحرمان الميراث الكفارة يجب جزاء على القتل حتى تعدد بتعدد القتل وإن كان المقتول واحدًا، وجزاء القتل يجب عقوبة من وجه، والعقوبات مما يحتاط فى درءها، فيرد الكفارة، وحرمان الميراث إلى ما يقتضيه القياس، والقياس أن لا يثبت الحكم ما لم يتم سببه.

وهذا إذا وقع فى البئر، ومات من الوقوع، فأما إذا لم يمت من الوقوع، وإنما مات

فى البئر غمّاً أو جوعاً هل يضمن الحافر ، لم يذكر محمد رحمه الله هذا فى الكتاب .

قالوا : وقد ذكر أبو يوسف رحمه الله فى الأمالى خلافاً ، فقال : على قول أبى حنيفة رحمه الله : لا يضمن الحافر مات غمّاً أو جوعاً .

وقال أبو يوسف رحمه الله : إن مات جوعاً ، فالجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله : فأما إذا مات غمّاً ، فإنه يضمن الحافر ، وذهب فى ذلك إلى أن الغم إنما لحقه بسبب ضيق المكان وظلمته ، وضيق المكان ، وظلمته حصلت بسبب الحفر ، فما لحقه من الغم يكون مضافاً إلى الحفر أيضاً ، ألا ترى أن شراء القريب جعل إعتاقاً والعتق يثبت بالملك ؛ لأن الملك يثبت بالشراء ، فما يثبت به من العتق يكون مضافاً إلى الشراء ، فكذلك هذا بخلاف الجوع ، فإنه ما لحقه بسبب ضيق المكان وظلمته ، ألا ترى أنه يلحقه ذلك وإن لم يكن المكان ضيقاً ولا مظلماً ، إنما لحقه من جهته لا من جهة الحافر .

وأبو حنيفة رحمه الله يقول : هب ما كان لحقه من الغم مضافاً إلى الحافر إلا أن هذا لايكفى لوجوب الضمان إذا لم يؤثر الوقوع فيه أثرا كما لو حبس رجلا فى البئر حتى مات غمّاً ، فإنه لا ضمان عليه ، فكذلك هذا بخلاف ما لو مات من الوقوع فى البئر أو جرحه ؛ لأن أثر فعله وهو العمق أثر فى النفس الواقع ، بخلاف ما نحن فيه .

ثم هذا إذا كان الحفر من الحافر فى طريق المسلمين ، فأما إذا كان الحفر فى فناء داره فوقع فيها إنسان فمات هل يضمن؟ إن كان الفناء لغيره يكون ضامناً ؛ لأن فناء الغير فى حق الحافر ووسط الطريق سواء ، فأما إذا حفر فى فناء داره إن كان الفناء مملوكاً له ، أو كان له حق الحفر فى القديم ، فكذا الجواب لا يضمن وإن كان سبباً ؛ لأنه غير متعد فى التسبيب وإن لم يكن له ملكاً ، ولكن كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان فى سكة غير نافذة ، فإنه يضمن ؛ لأنه مسبب للإتلاف وهو متعدّ ، فيضمن ما تولد منه .

قال فى المنتقى : فناء دار الرجل ما كانت داره يحتاج إليه ، وإن[1] كان فى عرض سكته ، أو أعرض عنهما ، وإذا أمر رجل رجلا أن يحفر له بئراً فى أصل حائط جاره وفناءه ، فهذا كله فناء الآمر ، وفناء جاره الذى هو فناء له ، فهو فناءهما ، وإن كانت السكة عريضة جدّاً ، فأمر بالحفر فى موضع ليس للدار فيه منفعة ، ولا تحتاج إليه الدار ،

(١) هكذا فى ظ وف ، وكان فى الأصل وم : "و" مكان "أو" .

فهذا ليس بفناءه.

١٩٤٤٨- وإذا أوقع إنسان نفسه في البئر، فلا ضمان على الحافر، وكان يجب أن يضمن الحافر النصف ويهدر النصف؛ لأن الواقع كما هو دافع[1] في البئر نفسه فالحافر دافع له أيضًا، فإنه لولا حفره كان لا يقع في البئر، فيكون وقوع الواقع مضافًا إليه وإلى الحافر إلا أن ما تلف بجناية الحافر يكون مضمونًا على الحافر، وما تلف بجناية الواقع على نفسه، يكون هدرًا إلا أن الجواب أن الأمر كما قلت: إن الواقع دافع نفسه، والحافر دافع نفسه أيضًا إلا أن الحافر واقع نفسه من حيث التسبب؛ لأن المتصل بالواقع من الحافر أثر فعله وهو العمق، والواقع مباشر في دفع نفسه؛ لأن المتصل بالواقع من نفسه حقيقة فعله لا أثر فعله، والأصل أن المباشر والمسبب متى اجتمعا، وكل واحد منهما متعدّ، فالضمان على المباشر إذا كان التسبيب بحال لا يعمل في الإتلاف إلا بالمباشرة كما في الممسك مع القاتل بخلاف السائق مع الراكب، فإنهما يشتركان فيما وطئت الدابة.

وإن كان الراكب مباشرًا لذلك والسائق سببًا[2]؛ لأن السوق مما يعمل في الإتلاف بدون الراكب، فأما العمق الحاصل من أثر فعل الحافر لا يوجب الإتلاف إلا بالمباشر بأن يمشي عليه إنسان، وهذا بخلاف ما إذا كان الواقع لا يعلم بالبئر، فإن التلف يضاف إلى الحافر، وإن كان الحافر مسببًا والواقع مباشرًا للإتلاف، وذلك لأن المباشر هناك غير متعدّ، ولأنه إنما وقع في البئر بسبب المشي، والمشي في الطريق مباح له والحافر متعدّ، فكان إضافة التلف إلى المتعدي حتى لا يهدم دم الواقع أولى من إضافة التلف إلى المباشر، وفيه هدر دم ولم يوجد منه تعدّ، بخلاف ما إذا كان يعلم بالبئر؛ لأن الواقع مباشر وإنه متعدّ، والحافر وإن كان متعديًا إلا أنه مسبب، ولما استويا في التعدي كان إضافة التلف بعد هذا إلى المباشر، والحفر إنما عمل في الإتلاف، فالمباشر أولى من إضافته إلى الحفر.

١٩٤٤٩- وإذا حفر الرجل بئرًا في طريق المسلمين، ثم جاء آخر، فحفر طائفة في

---

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "واقع".

(٢) وفي الأصل: "مسببًا".

أسفلها، ثم وقع فيها إنسان ومات فإنه في القياس ينبغى أن يضمن الأول، وبه نأخذ، فقد تبين بما ذكر[1] أن القياس أن يضمن أن هنا وجه استحسان، ولم يذكر جواب الاستحسان.

واختلف المشايخ فيه: منهم من قال: جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الأول والثانى، ووجهه أن الواقع إنما مات من جنايتهما، فإن الأول بالحفر دافع له، والثانى إن لم يكن دافعًا له إلا أنه لو لم يشغل عسى لا يموت، فيكون موت الواقع مضافًا إلى حفرهما، فيكون الضمان عليهما نصفان كرجلين جرحا رجلا جراحة، ومات المجروح من ذلك، كان الضمان على الجارحين نصفان، كذا هنا.

ومنهم من قال: جواب الاستحسان: أن يكون الضمان على الثانى خاصة، ووجهه أن التلف حصل بتعميق الثانى إلا أن أصحابنا أخذوا بالقياس لقوة وجهه، بيانه أن الحافر الأول دافع له بالحفر، فيعتبر بما لو أخذه بيده ودفعه فى البئر، وأوقعه فى البئر حتى مات.

ولو كان كذلك فإن الضمان يجب على الدافع، وإن كان لولا تعميق الثانى عسى لايموت الواقع، كذا هنا، وكان كمن حفر بئرًا على قارعة الطريق، فجاء إنسان ووضع فى البئر سلاحًا، ثم جاء إنسان، ووقع على السلاح، ومات من ذلك، فإن الضمان على الحافر، وإن كان لولا وضع السلاح فى البئر كان لا يموت الواقع؛ لأن الحافر دافع للواقع بالحفر، فكان بمنزلة ما لو أخذه بيده ودفعه، وأوقعه على السلاح حتى مات، ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع، كذا ههنا.

ولو جـاء آخر، ووسع رأسها، فوقع إنسان، فمات كان الضمان عليهما نصفان، هكذا ذكر فى الكتاب، وأطلقوا الجواب إطلاقًا، وقد حكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى: أنه كان يفصل الجواب فى ذلك تفصيلا، فيقول: إن وسع الثانى توسيعًا بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع لاقى الحفرين جميعًا فالضمان عليهما نصفان كما ذكره فى الكتاب؛ لأن قدم الواقع إذا لاقى الحفرين جميعًا صار الثانى مع الأول دافعين للواقع بالحفر فيكون الضمان عليهما نصفان كما لو أخذه بيده وأوقعاه فى

---

(١) وفى الأصل: "ذكرنا".

البئر.

فأما إذا وسع الثانى شيئًا يسيرًا بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع لا يلاقى فى موضع حفر الثانى، وإنما يلاقى حفر الأول، فالضمان على الأول دون الثانى؛ لأن وضع القدم إذا لم يلاقِ حفر الثانى، وإنما لاقى حفر الأول، كان الدافع له الأول دون الثانى، فيجب الضمان على الأول، وإن وسع الثانى توسيعًا بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع لم يلاقِ حفر الأول وإنما لاقى حفر الثانى، فالضمان على الثانى كأن الثانى كان هو الدافع للواقع دون الأول، وإن كان التوسيع بحيث يجوز أن يكون وضع القدم ملاقيًا للحفرين، ويجوز أن لا يكون، فالضمان عليهما نصفان كما فى مسألة الميراث، وكان يفصل الجواب على هذا التفصيل.

وحكى عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى: أنه كان يقول: إن وسعها بحيث لايسع فى موضع توسيعة القدم، فجاء رجل ووضع قدمه فى وسط البئر وسقط، فالضمان على الأول؛ لأن وضع القدم حصل فى موضع جناية الأول، وإن وضع قدمه فى جانب البئر، فالضمان عليهما نصفان؛ لأن وضع القدم حصل فى موضع جنايتهما لما كان موضع التوسيع لا يسع لوضع القدم، وإن وسعه بقدر ما يسع فيه القدم، فإن وضع هذا لرجل قدمه فى وسط البئر، فالضمان على الأول، وإن وضع قدمه فى جانب البئر، فالضمان على الثانى خاصة؛ لأن وضع القدم حصل فى موضع جناية الثانى؛ لما كان موضع التوسيع يسع لقدمه، فإن كان لا يدرى، فالضمان عليهما نصفان.

١٩٤٥٠- ولو أن رجلا حفر بئرًا فى طريق المسلمين، ثم سدها كلها بتراب أو طين أو جص، فجاء آخر، فاحتفرها، فوقع إنسان فيها، فمات كان الضمان على الثانى، وذلك لأن الأول كبس البئر كما يكبس به البئر، فإنه كبسها بما هو من جنس الأرض، فزال جناية الأول بالكبس، وعاد البئر أرضًا كما كان قبل حفر الأول، فصار حفر الأول وجوده وعدمه بمنزلة، ولو عدم الحفر من الأول حتى حفر الثانى كان الضمان على الثانى، كذا هنا، وكان بمنزلة من وضع حجرًا على قارعة الطريق، فجاء إنسان، ونحاه عن ذلك الموضع، ثم تعقل به إنسان كان الضمان على الثانى؛ لأن جناية الأول

قد زالت ؛ لأن جناية الأول كان يشغل الطريق بالحجر ، وقد زال ذلك الشغل لما نحاه الثاني ، فوجب الضمان على الثاني ، فكذلك هذا .

فأما إذا كبسها بالحنطة أو المتاع أو بشيء ، لا يكبس به الآبار ، ثم جاء إنسان ، ووقع ذلك ، ثم وقع فيها إنسان ، فالضمان على الأول ، وذلك لأن الحافر الأول لما كبس البئر بما لايكبس به الآبار لم يزل جنايته بهذا الكبس ؛ لأن جنايته كان حفر البئر ، واسم البئر على حاله بعد ما كبسه بالطعام والمتاع ، ألا ترى أنه يقال : بئر مملوءة من طعام ، وإذا بقى الاسم على حاله بقى الحكم المتعلق به إلا أن كبسه بالحنطة والمتاع مع بقاء اسم البئر على حاله كان مانعًا من السقوط بعد وجود علة الإتلاف وهو حفر البئر ، فإذا جاء الآخر ، ورفع ذلك ، فقال : أزال المانع من العلة ، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى زوال المانع من العلة ، ألا ترى أنه من رمى سهمًا إلى إنسان ، وعلى المرمى إليه ترس ، جاء إنسان آخر ، ونزع الترس منه حتى أصابه السهم ومات ، فالضمان على الرامى ، ولم يكن على الذى نزع الترس ضمان ؛ لأنه أزال المانع من التلف[1] ، ولم يحدث تلفًا ، فكان الضمان على الرامى ، وكشهود الحنث فى باب العتاق إذا رجعوا على الانفراد لا يضمنون ؛ لأنهم أزالوا المانع من علة التلف ، ولم يثبتوا علة التلف ، فلم يضمنوا ، فكذلك هذا ولهذا إذا شد رأسها واستوثقها ، فجاء إنسان ، ونقض ذلك ، كان الضمان على الأول ؛ لأن جناية الأول باقية على حالها ، فإنه كان جانيًا بحفر البئر ، والبئر باق بعد شد الرأس ، فتكون الجناية على حالها إلا أن شد الرأس كان مانعًا من أن يعمل العلة عملها فى الإتلاف ، فالثانى أزال المانع من التلف ، ولم تحدث علة التلف ، وقد ذكرنا أن الحكم يضاف إلى العلة ، ولا يضاف إلى زوال المانع .

١٩٤٥١- ولو تعقل رجل بحجر ، فسقط فى بئر قد حفرها رجل ، كان الضمان على الذى وضع الحجر ، وإن حصل التلف من الأمرين جميعًا ؛ لأن واضع الحجر صار دافعًا للواقع بوضع الحجر ، فيعتبر بما لو أخذه بيده ، ودفعه حتى ألقاه فى البئر فمات ، ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع ، فكذلك هذا إذا وضع الحجر واضع ، وأما إذا لم يضعه أحد ، ولكن كان الحجر راسخًا ، فتعقل به إنسان ووقع فى البئر ومات ،

(١) وفى "ظ" : متلف .

فالضمان على الحافر ؛ لأن الحجر وإن صار دافعًا للواقع ، وإنه بمنزلة المباشر ، والحافر مسبب إلا أن المباشرة مما لا توصف بالتعدى ، فإن الحجر لا يوصف بالتعدى ، فيجب الضمان على الحافر ؛ لأنه متعدّ فى التسبيب ، فكان بمنزلة الماشى إذا وقع فى البئر ، ولم يعلم بالبئر ، فالضمان على الحافر ، وإن كان الماشى دافعًا نفسه فى البئر ، وإنه مباشر ، والحافر مسبب إلا أن الماشى غير متعدّ والحافر متعديًا ، فأضيف التلف إلى الحافر ، فكذا هذا .

١٩٤٥٢- ومن هذا الجنس ما ذكر فى "المنتقى" : رجل حفر بئرًا على قارعة الطريق ، فجاء إنسان ، وزلق بماء صبه رجل آخر على الطريق ، فوقع فى البئر فمات ، فالضمان على الذى صب الماء ، وإن كان الماء ماء السماء ، ضمن صاحب البئر ، وإذا سقط الرجل فى بئر فى الطريق فمات ، فقال الحافر : إن الواقع ألقى نفسه فيها عمدًا ، فلا ضمان على ، وقال ورثة الواقع : ولم يلقَ نفسه فى البئر ، وإنما وقع فى البئر من غير قصده وإرادته ، وعليك الضمان كان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا : بأن القول قول ورثة الواقع ويكون الحافر ضامنًا ، وهو القياس ثم رجع ، وقال : القول قول الحافر ، ولا ضمان عليه ، وهو الاستحسان .

وجه قوله الأول وهو القياس ظاهر ، وهو أن ورثة الواقع فيما يدّعون يشهد لهم الظاهر ، والحافر يدعى خلاف الظاهر ؛ لأن الظاهر من حال العاقل أنه لا يلقى نفسه فى التهلكة قاصدًا لذلك ، وإنما يقع فى البئر من غير قصده وإراداة الوقوع والقول قول من يشهد له الظاهر فى الدعاوى .

وأما وجه قوله الأخير : وهو الاستحسان أن ورثة الواقع يدّعون على الحافر ضمانًا ، والحافر ينكر ، فيكون القول قوله ؛ لأن فراغ ذمته عن الحقوق أصل والشغل عارض .

أما قوله : لأن الظاهر شاهد لورثة الواقع ، قلنا : نعم إلا أنه يصلح للدفع ، ولا يصلح حجة للاستحقاق على الغير ، وورثة الواقع يريدون أن يجعلوا هذا الظاهر حجة لإيجاب الضمان على الحافر ، والظاهر لا يصلح لمثل هذا ، وإذا لم يصح الظاهر حجة للاستحقاق وجب النظر فى الدعوى والإنكار ، فورثة الواقع يدعون على الحافر ضمانًا

في الحاصل، والحافر منكر فيكون القول قول الحافر.

١٩٤٥٣- وإذا احتفر الرجل بئرًا في طريق مكة في المفاوز والفيافي في غير ممر الناس، فوقع فيه إنسان، فإنه لا ضمان عليه، ؛ لأنه غير متعدّ في هذا التسبيب؛ لأن له الارتفاق بهذا الموضع من حيث النزول، وضرب الفسطاط عليه من غير شرط السلامة؛ لأنه ليس فيه إبطال حق المرور على الناس، فكأن له الارتفاق به أيضًا من حيث الحفر إما للطبخ أو لاستيفاء[1] الماء من غير شرط السلامة، وإذا كان له ارتفاق به من حيث الحفر لم يكن متعديًا في هذا التسبيب، والمسبب إذا لم يكن متعديًا في التسبيب لا يضمن، وهذا بخلاف ما لو حفر بئرًا في الطريق فإنه يصير ضامنًا؛ لأن له ارتفاق من حيث المرور في الطريق، وليس له الارتفاق من حيث الحفر؛ لما فيه من إبطال حق المرور على الناس، وإذا لم يكن له الارتفاق بالحفر كان متعديًا في الحفر، فما تولد منه يكون مضمونًا عليه.

١٩٤٥٤- وإذا حفر بئرًا على قارعة الطريق، فوقع فيها إنسان، وسلم من الوقعة، وطلب الخروج منها، فتعلق حتى إذا كان في وسطها سقط وعطب، فلا ضمان، ولو مشى في أسفلها، فعطب بصخرة فيها، فإن كانت الصخرة في موضعها من الأرض، فلا ضمان، وإن كان صاحب البئر أقلعها من موضعها، ووضعها في ناحية البئر، فعلى صاحب البئر الضمان، هكذا ذكر في "المنتقى".

١٩٤٥٥- وفيه أيضًا: عبد حفر بئرًا على قارعة الطريق، فجاء إنسان، ووقع فيها، فعفا عنه المولى، ثم وقع فيها آخر، فعلى المولى أن يدفعه كله، أو يفديه في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يدفع إليه نصفه كأنهما وقعا معًا، فعفا عنه ولي أحد الواقعين.

١٩٤٥٦- وفيه أيضًا: رجل مات، وترك دارًا وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها، فحفر ابنه فيها بعد موته، فهو ضامن لنقصان الحفر للغرماء، فإن وقع فيها إنسان ومات، فعليه ضمان ذلك على عاقلته.

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل: لاستقاء الماء، وكان في "م": لاستفاد.

وفيه أيضًا: محمد رحمه الله عن أبي يوسف رحمه الله في عبد حفر بئرًا، ثم أعتقه مولاه، ثم وقع العبد المعتق في البئر ومات، قال: على المولى قيمته لورثته، وقال محمد رحمه الله: لا أرى عليه شيئًا، ولو أعتقه المولى أولا، ثم حفر، ووقع فيها، فلا شيء على المولى بلا خلاف.

١٩٤٥٧- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله: مكاتب حفر بئرًا في الطريق، ثم قتل إنسانًا، فقضى عليه بقيمته، ثم وقع في البئر إنسان ومات، قال: يشترك ولي الساقط في البئر الذي أخذ القيمة فيها، قال: وكذا المدبر.

قال: وإذا جاء ولي الساقط في البئر، فأخذ الذي أخذ قيمة المدبر من مولاه لم يكن بينه وبين الذي أخذ القيمة خصومة، ولا أقبل بينة عليه، وإنما أقبل بينة على مولى المدبر، فإذا زكيت البينة على المولى، يرجع على الذي أخذ القيمة بنصفها.

١٩٤٥٨- ولو أن عبدًا قتل إنسانًا، ودفعه المولى به، ثم وقع إنسان في بئر كان حفره العبد قبل ذلك عند الدافع فمات، فإن الذي دفع إليه العبد يدفع نصفه إلى ولي الساقط في البئر، أو يفديه بالدية، ولو عفا ولي الساقط في البئر لم يرجع إلى المولى شيء من العبد، ولا خصومة في هذه المسألة بين ولي الساقط وبين المولى الأول، إنما يخاصم الذي في يديه العبد.

١٩٤٥٩- ولو أن مدبرًا حفر بئرًا في الطريق، ثم أعتقه المولى، أو مات المولى حتى عتق المدبر بموته، ثم أوقع المدبر نفسه في تلك البئر، ثم مات، فلورثته قيمته في تركة المولى، قال: ألا ترى أنه لو كان عبدًا فباعه، ثم أوقع العبد نفسه في البئر، كان للمشتري قيمته على البائع؛ لأنه جنى به عند البائع.

وكذلك لو كان مكان المدبر عبدًا، أو أعتقه المولى، وقد ذكرنا قبل هذا مسألة العبد على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

١٩٤٦٠- وإذا حفر الرجل نهرًا في غير ملكه، فانشق من ذلك النهر ماء، فغرق أرض أو قرية كان ضامنًا، ولو كان في ملكه، فلا ضمان، لأنه متعدّ في الفصل الأول، وليس بمتعدّ في الفصل الثاني.

وإذا حفر نهراً أو بئراً في داره، فنزّت من ذلك أرض غيره، أو حائط لغيره وفسد، لاضمان عليه، قالوا: وهذا إذا انشق من الماء بحيث يحتمله ملكه في العرف والعادة، وأما إذا كان بحيث لا يحتمله ملكه، فإنه يضمن؛ لأنه حينئذٍ يكون مباشراً، وهذا الجواب نظير الجواب فيما إذا سقى أرضه، وتعدى إلى أرض جاره، وقد عرف مسألة السقي في كتاب الشرب -والله أعلم-.

الفصل السادس عشر
فى الرجل يأمر غيره بالحفر والبناء، وأشباه ذلك فى الطريق وغيره

١٩٤٦١- وإذا استأجر الرجل أجيرا ليحفر له بئرًا، فحفر الأجير، ووقع فيها إنسان ومات، فهذا على وجهين: الأول: أن يستأجر الأجير ليحفر له بئرًا فى الطريق، وإنه على وجهين أيضًا: الأول: أن يكون طريقًا معروفًا، فالعامة المسلمين يعرفه كل أحد، وفى هذا الوجه يجب الضمان على الأجير، أعلمه المستأجر بذلك، أو لم يعلمه؛ لأن الطريق إذا كان معروفًا لعامة المسلمين على الوجه الذى قلنا، فالأجير يعلم فساد الآمر؛ إذ ليس لأحد من عرض الناس حفر البئر فى طريق العامة، فيجعل وجود هذا الأمر فى حق الأجير وعدمه بمنزلة، ولو عدم الأمر، وحفر الأجير بنفسه كان الضمان على الحافر، كذا هنا، وإن كان الطريق لعامة المسلمين إلا أنه طريق غير مشهور، فإن أعلم المستأجر الأجير، بأن هذا الطريق لعامة المسلمين، فكذا الجواب أيضًا؛ لأن الأجير قد علم بفساد هذا الآمر.

فأما إذا لم يعلمه بذلك فالضمان على الآمر لا على الأجير؛ لأن كل واحد مسبب للتلف[1]، والأجير غير متعدٍّ؛ لأن الأجير حسب أن الطريق ملك المستأجر على ما عليه ظاهر حال الآمر؛ لأن الظاهر أن المسلم لايأمر بالحفر فى طريق العامة، فالأجير اعتمد ظاهرًا، يبيح له الحفر، فلم يكن متعديًا، والمستأجر متعدٍّ؛ لأنه علم أن الطريق لعامة المسلمين، فكان الضمان على المستأجر من هذا الوجه، وهذا بخلاف ما لو استأجر أجيرًا لذبح شاة فذبحها، ثم علم أن الشاة لغيره، فإن هناك الضمان على الأجير أعلمه المستأجر أن الشاة للغير، أو لم يعلمه؛ لأن هناك الآجير مباشر، والمباشر ضامن متعديًا كان أو غير متعدٍّ، ثم يرجع إذا لم يعلم بفساد الأمر، وهنا الأجير مسبب، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدٍّ.

الوجه الثانى: إذا استأجره ليحفر له بئرًا فى الفناء، فهو على وجهين: إن كان

(١) هكذا فى الأصل و"ظ"، وكان فى "ف" و"م": سبب المتلف.

الفناء لغير المستأجر وقد علم الأجير بذلك، أو أعلمه المستأجر بذلك، فالضمان على الآجر[1]؛ لأنه علم بفساد الأمر، فكان حافرًا بغير أمره، وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للمستأجر، ولم يعلمه المستأجر بذلك، فالضمان على المستأجر.

وإن كان الفناء للمستأجر إن قال للأجير: لى حق الحفر فى القديم، فالضمان على المستأجر؛ لأنه أخبر بصحة الأمر، فصار حفره بأمره كحفره بنفسه، وإن قال له: ليس لى حق الحفر فى القديم، وإنما هو فناء دارى، فالقياس: أن يكون الضمان على الأجير؛ لأنه علم بفساد الآمر لما قال له المستأجر: ليس لى حق الحفر فى القديم، فصار حافرًا بغير أمره، وفى الاستحسان: الضمان على المستأجر؛ لأن الفناء جعل كالمملوك لصاحب الدار حتى كان لصاحب الدار الانتفاع به ما ليس لغيره نحو إلقاء الثلج، وكسر الحطب، وربط الدواب والقعود عليه، وبناء الدكان، ولكن بشرط السلامة، وإنما ثبت له هذاه الانتفاعات بحكم ملك الرقبة؛ لأنه لم توجد إجارة ولا إعارة، وإذا كان كذلك صار كأن الأمر فى ملكه، فصح، وإذا صح الأمر، صار كأن الآمر حفر بنفسه، فيجب الضمان عليه، هذه الجملة من شرح شيخ الإسلام.

١٩٤٦٢- وفى "المنتقى": رجل جاء بقوم إلى طريق من طرق المسلمين، وقال: احفروا لى هنا بئرًا، أو قال: ابنوا لى هنا بيتًا، أو لم يقل: لى، ففعل فإن ضمان ما عطب به من ذلك على الآمر دون الفاعل، ذكر المسألة مطلقة، وتأويلها ما إذا لم يكن الطريق مشهورًا لعامة المسلمين ولم يعلمهم المستأجر بذلك كما ذكر شيخ الإسلام.

وذكر عقيب هذه المسألة رجل جاء بقوم، وقال: احفروا لى فى هذه الطريق بئرًا، أو لم يقل: استأجرتكم على حفره ففعلوا، فضمان هذا على الحافر، قال: وكذلك إذا جاء بهم إلى أصل حائط، وقال: احفروا فى أصل هذا الحائط بئرًا، ولم يقل: لى، ولم يستأجرهم على ذلك، فظنوا أنه فناء الآمر، وكذلك لو أدخلهم دارًا، وقال لهم: احفروا فيها، فحفروا، فظنوا أنها دار الآمر، فهو على أن يقول: لى، أو يستأجرهم على ذلك.

وذكر بعد هذا عن بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله: رجل استأجر رجلا،

---

(١) وكان فى الأصل: الأجير.

فحفر له فى غير فنائه، وبين له ذلك أو لم يبين، وكان غير مشكل، فوقع فيها إنسان ومات، قال أبو حنيفة رحمه الله: الضمان على الحافر، وقلت أنا: الضمان على الآمر.

وفيه رواية مجهولة رجل أمر رجلا أن يضع حجرًا على الطريق، فوضعه وعطب به الآمر، فضمانه على الواضع.

وكذلك إذا قال: ابنِ دكانًا على بابك ينتفع به، فبنى، وعطب به الآمر، وكذلك لو كان الآمر هو الذى بنى ذلك للمأمور بأمره، ثم عطب به الآمر كان المأمور الذى بنى ذلك له بأمره ضامنًا له، وكذلك لو أمر رجلا أن يطرح حجرًا من فوق حائطه إلى الطريق، فتدحرج الحجر، فأصاب الآمر فقتله كان على الطارح دية الآمر، ويحرم الميراث، ولو ثبت الحجر مكانه فى الطريق، فعثر به الآمر كانت ديته على الذى ألقى الحجر، ولا يحرم الميراث.

١٩٤٦٣- وإذا استأجر الرجل قوما ليشرعوا له جناحًا أو ظلة من داره ففعلوا ذلك، فأصاب إنسانًا فقتله، فهذا على وجهين: إن قال المستأجر للفعلة: ابنوا جناحًا لى فى فناء دارى وحانوتى فإنه ملكى، أو لى حق إشراع الجناح إليه فى القديم، ولم يعلم الفعلة بخلاف ذلك، فأشرعوا ثم سقط على إنسان ومات، فإن الضمان يجب على العملة، ثم يرجعون بذلك على الآمر قياسًا واستحسانًا، سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعد الفراغ من العمل؛ لأنه أمره بالبناء فى ملكه وحقه، ولم يعلم المأمور فساد الآمر، فإذا لحق المأمور بسبب ما عمله له ضمان كان قرار ذلك على الآمر.

واعتبر بما لو استأجر إنسانًا ليذبح شاة ثم جاء مستحق واستحق الشاة وضمن الذابح كان للأجير أن يرجع بذلك على الآمر، وكما لو استأجر صبيًا ليقتل[1] رجلا، فقتل حتى ضمن عاقلة الصبى، فإن عاقلة الصبى يرجعون على عاقة الآمر، فكذلك هذا، وإن قال المستأجر للعملة: اشرعوا لى جناحًا على فناء دارى، وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح فى القديم أو لم يخبرهم، فشرعوا فى العمل، ثم سقط، فأصاب إنسانًا إن كان قبل فراغ الفعلة من العمل، فالضمان على الفعلة، ولا يرجعون بذلك على الآمر قياسًا، وفى الاستحسان: يكون لهم الرجوع على الآمر.

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: بأن يقتل.

وجه القياس فى ذلك وهو أن المستأجر أمر الفعلة بما لا يملكه بنفسه وقد علموا بفساد الآمر، فلا يكون لهم الرجوع بما ضمنوا على المستأجر قياسًا على ما لو استأجر رجلا على أن يذبح شاة جار له فذبح، فإن الذابح يضمن الجار، ولا يرجع بذلك على الآمر، ودليله ما لو سقط قبل فراغهم من العمل، ودليله ما لو استأجرهم ليبنوا له بناء فى وسط الطريق، أو يحفروا له بئرًا فى وسط الطريق لا فى فناء داره وحانوته، فعطب به إنسان ومات، فإن الفعلة يضمنون، ولا يرجعون بذلك على الآمر.

وجه الاستحسان فى ذلك: وهو أن الأمر صح من وجه ولم يصح من وجه، وذلك لأن فناء داره مملوك له من وجه من حيث إنه يباح له الانتفاع به بشرط السلامة، وغير مملوك له من وجه، فإنه لا يجوز له بيعه، فيصح الأمر من وجه، ولا يصح من وجه، ولو كان الأمر صحيحًا من كل وجه وجب الضمان على المأمور، وكان له الرجوع بما ضمن على الآمر سواء كان قبل فراغه من العمل أو بعد فراغه.

ولو كان الأمر فاسدًا من كل وجه بأن أمره بالبناء على قارعة طريق المسلمين، كان الضمان على العامل فى الأحوال كلها، ولم يرجع بذلك على الآمر، فإذا كان الأمر صحيحًا من وجه فاسدًا من وجه وفرنا على الأمرين حظهما، فقلنا: من حيث إن الأمر صحيح من وجه إذا سقط قبل الفراغ يجب الضمان على الآمر، كأنه فعل بنفسه، ومن حيث إن الأمر لم يصح من وجه قلنا: إذا سقط قبل الفراغ يجب الضمان على العامل، ولا يرجع على الآمر كأنه عمل بنفسه توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، فكان إظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ؛ لأن أمر الآمر إنما يصح من حيث إنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فكان إظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ.

الفصل السابع عشر
فى جناية البهائم والجناية عليها

١٩٤٦٤- يجب أن يعلم بأن جناية الدابة لا تخلو من ثلاثة أوجه : إما أن يكون فى ملك صاحب الدابة ، أو فى ملك غيره ، أو فى طريق المسلمين ، فإن كان فى ملك صاحب الدابة ، ولم يكن صاحبها معها ، فإنه لا يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة ، أو سائرة وطيت بيدها ، أو برجلها أو نفخت بيدها ، أو برجلها ، أو ضربت بيدها ، أو كدمت ، وإن كان صاحبها معها إن كان قائداً لها أو سائقًا لها ، فكذا لا يضمن صاحبها فى الوجوه كلها ؛ لأن صاحب الدابة فيما جنت الدابة فى هذه الوجوه مسبب وليس بمباشر ، لأنه لم يتصل فعله بالمتلف حتى يكون مباشرًا ، وإنما اتصل به أثر فعله بواسطة فعل مختار وهو الدابة ، وهذا هو حد التسبيب ، إلا أن المسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا ، ولا يضمن إذا كان غير متعد ، وصاحب الدابة فى إيقاف الدابة وتسييرها ليس بمتعدّ ، فلا يضمن ، وإن كان صاحب الدابة راكبًا على الدابة ، والدابة تسير إن وطيت بيدها أو رجلها يضمن ، وعلى عاقلته الدية ، وتلزمه الكفارة ، ويحرم عن الميراث ، وإن كدمت ، أو نفخت برجلها أو يدها ، أو ضربت بذنبها ، فلا ضمان ؛ لأن فى الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف ؛ لأن فعله وفعل الدابة اتصل بالمتلف ، فكأنما وطئاه جميعًا ، ولهذا يجب على الراكب الكفارة إذا وطئت الدابة بيدها أو رجلها ، ويحرم عن الميراث ، والمباشر ضامن ، سواء كان متعديًا أو لم يكن .

أما فى الوجه الثانى صاحب الدابة مسبب ؛ لأنه لم يتصل فعله بالمتلف ، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا ، وهو ليس بمتعدّ بتسيير الدابة فى ملكه .

أما إذا كان جناية الدابة فى ملك غير صاحب الدابة ، فهذا على وجهين : إما إن دخلت فى ملك الغير من غير إدخال صاحبها بأن كانت منفلتة ، وفى هذا الوجه لا ضمان على صاحبها ، وإما إن دخلت بإدخال صاحبها ، وفى هذا الوجه صاحب الدابة ضامن فى الوجوه كلها ، سواء كانت واقفة أو سائرة ، وسواء كان صاحبها معها ليسوقها

أو يقودها، أو كان راكبًا عليها؛ لأن صاحب الدابة فى بعضها مباشر، وفى بعضها مسبب متعدّ؛ إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها فى ملك الغير.

وأما إذا كانت جناية الدابة فى طريق المسلمين فهذا على وجهين: إن كانت الدابة واقفة فى طريق المسلمين أوقفها صاحبها، فصاحب الدابة ضامن ما تلف بفعل الدابة فى الوجوه كلها؛ لأن بإيقاف الدابة على الطريق صار مسببًا للتلف وهو متعدّ فى هذا التسبيب؛ إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة؛ لأن الطريق للسلوك والسير لا للإيقاف وإن كانت سائرة، ولم يكن صاحبها معها، فإن سارت بإرسال صاحبها، فصاحبها ضامن مادام تسير فى وجهها ذلك لم تسر يمينًا وشمالا؛ لأن إرسال الدابة فى طريق المسلمين بلا حافظ يحفظها تسبيب الإتلاف، وهو متعدّ فى هذا التسبيب، ما تولد منه يكون مضمونًا، وإن[1] سارت لابتسيير صاحبها بأن كانت منفلتة، فلا ضمان على صاحبها فى الوجوه كلها، وإن كان صاحبها معها وهى تسير، فإن كان صاحبها راكبًا عليها، فما وطئت بيدها، أو رجلها، أو كدمت بفمها، فصاحبها ضامن لذلك؛ لأن فيما وطئت بيدها أو رجلها، فصاحبها مباشر للتلف، وفيما كدمت بفمها صاحبها مسبب لأنه يمكن حفظ الدابة عنه؛ لأن الكدم يكون بين عينيه، فيمكن إبعاد الدابة عن المتلف، وإبعاد المتلف عن الدابة، والجواب فيما إذا كان قائدًا لها نظير الجواب فيما إذا كان راكبًا عليها.

فإن قيل: ينبغى أن لا يضمن صاحب الدابة فى هذه الصورة؛ لأنه غير متعدّ؛ لأن له المرور فى طريق المسلمين كما له المرور فى ملكه، ولهذا لا يضمن ما نفحت برجلها أو ضربت بذنبها فى هذه الصورة.

فالجواب: طريق المسلمين يشبه ملكه من وجه من حيث إن المرور له مباح فى الطريق كما هو مباح له فى ملكه، ويشبه ملك الغير من حيث إنه ليس له فى طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف فيه فوفرنا على الشبهين حظهما فيما كان فيه مسببًا للإتلاف، فقلنا: إذا كان سببًا يمكنه حفظ الدابة والتحرز عنه يعتبر فيه متعديًا، وذلك كالكدم فى حق الراكب والوطء باليد والرجل، والكدم فى حق القائد؛ لأن كل ذلك

---

(١) وكان فى الأصل: "وإذا" مكان "وإن".

يكون بين عينيه ، وجعل فى حق هذه الأشياء طريق المسلمين ملحقًا بملك الغير ، وقلنا : إذا كان شيئًا لا يمكن حفظ الدابة والتحرز عنه ، لا يعتبر فيه متعديًا ، وذلك كالنفخة بالرجل والضرب بالذنب ؛ لأن النفخة بالرجل والضرب بالذنب يكون وراء الراكب والقائد ولا يكون بين عينيهما ، وجعل فى حق النفخة والضرب بالذنب فى حق الراكب والقائد طريق المسلمين ملحقًا ملكه .

وأما السائق هل يضمن النفخة؟ اختلف المشايخ وذكر محمد رحمه الله فى " الأصل " ما يدل على القولين .

وجه قول من قال : بأنه يضمن أن النفخة تكون بين عينى السائق ، فيمكنه إبعاد الدابة عن المتلف وإبعاد المتلف عن الدابة ، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو الحسن القدورى وجماعة من مشايخ العراق .

وجه قول من قال : لا يضمن أن الأمر كما قلتم أن النفخة تكون بين عينى السائق إلا أنه لا يمكنه التحفظ عن ذلك ، فإنه ليس على رجل الدابة شىء يمكنه منع الدابة عن ذلك بخلاف الكدم ، فإنه يكون بين عينى السائق ، والتحفظ عنه ممكن ، فإن فى فم الدابة اللجام ، وبه يقدر الراكب والقائد على منع الدابة متى أراد الكدم ، وإلى هذا القول مال مشايخنا .

١٩٤٦٥- وإذا سار الرجل فى طريق المسلمين على دابة ، فراثت فى سيرها ، أو بالت فى سيرها فى الطريق ، أو سال لعابها ، فعطب إنسان بذلك ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه مسبب للتلف ، وليس بمتعدّ فيه ؛ لأنه لا يمكنه التحفظ والتحرز عن ذلك ، وكذلك لو وقعت للروث أو للبول ، فإن أوقفها صاحبها لغير ذلك ، فبالت أو راثت ، فعطب بها إنسان ، فهو ضامن .

والفرق وهو أنه ليس فى وسعه صيانة الدابة عن الروث ، ولا منعها عن الوقوف لذلك ، فإن من الدواب ما لا تروث ، ولا تبول إلا بعد الوقوف ، فلا يجب على صاحبها الصيانة عن ذلك ، فلا يكون متعديًا فى ذلك ، فأما فى وسعه أن لا يوقفها لغير البول ، وله حق المرور لا حق الوقوف ، فيكون متعديًا فى إيقاف الدابة ، فما تولد منه يكون مضمونًا عليه .

١٩٤٦٦- وإذا سار على دابة فى طريق المسلمين، فأصابت بيدها أو برجلها نواة أو حجرًا صغيرًا، ففقأ عين إنسان، أو أثار غبارًا، فأفسد متاع إنسان، لم يضمن، وإن كان حجرًا كبيرًا، ضمن، والفرق أنه لا يمكن صيانة الدواب عن المرور على الحجر الصغير والنواة والغبار، فلا تجب عليه الصيانة عن هذا، ولا يصير متعديًا بترك الصيانة، أما صيانة الدواب عن المرور على الحجر الكبير ممكن، فتجب الصيانة عن ذلك، فيصير بترك الصيانة متعديًا فيضمن، وقيل: لو عنف على الدابة يضمن فى ذلك كله.

١٩٤٦٧- وفى القدورى: أن من أوقف دابته على باب المسجد الأعظم، أو على باب مسجد من مساجد المسلمين، فنفخت برجلها إنسانًا، فهو ضامن، وهو نظير إيقافه الدابة فى الطريق؛ لأنه ليس بمأذون فى إيقاف الدابة فى هذا الموضع، فيصير متعديًا بالإيقاف، فما تولد منه يكون مضمونًا عليه.

قال: وإن كان الإمام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفًا يوقفون فيه دوابهم، فلا ضمان عليه، فما أصابت فى وقوفها، أو حدث منها فى ذلك الموقف؛ لأن الإمام إذا جعل بعض الطريق لوقوف دوابهم، فكأنه أقطعهم ذلك القدر، وللإمام أن يقطع بعض الطريق إذا لم يضر بالمسلمين، فصار الإيقاف مأذونًا، فلا يكون سبب ضمان.

ولو أوقف دابته فى سوق الدواب فرمحت، لا ضمان على صاحبها؛ لأن الوالى أذن للناس فى إيقاف الدواب فى ذلك، وما كان بإذن الإمام لا يصير سبب ضمان، وعلى هذا السفينة المربوطة فى الشط.

ومن أوقف دابة على باب السلطان، وقد توقف الدواب على بابه، قال محمد رحمه الله: هو ضامن لما أصابت الدابة ، فمحمد رحمه الله لا يرى باب السلطان مثل موقف الدواب حين تباع.

١٩٤٦٨- وإذا أوقف الرجل دابة فى أرض أو دار مشتركة بينه وبين غيرهم أنها أصابت شيئًا بيد أو رجل، فالقياس أن يضمن النصف اعتبارًا للبعض بالكل، ألا ترى أنه لو حفر بئرًا فى دار مشتركة، أو بنى فى دار مشتركة حائطًا بغير إذن شريكه، فتعقل بالحائط إنسان ، أو وقع فى البئر إنسان، ومات ضمن النصف وطريقه ما قلنا، وفى الاستحسان: لا يضمن شيئًا؛ لأن هذا من جملة السكنى، ألا ترى أن المستعير

والمستأجر يملكان ذلك، وإذا كان ربط الدابة من جملة السكنى كان بمنزلة وضع المتاع فى الدار المشتركة والقعود فيها، وذلك ليس بسبب الضمان، وجعل نصيب كل واحد منهما فى حق صاحبه فيما يرجع إلى السكنى، وما كان من جملة السكنى كأنه ملكه إذ لو لم يجعل كذلك لمنع كل واحد عن الدخول والقعود ووضع الأمتعة، فيتعطل عليهما منافع ملكهما، وهذا مما لا وجه له، ولا سبيل إليه، وصار القياس متروكًا فيما كان من جملة السكنى بخلاف ما لو حفر البئر، وأنشأ البناء؛ لأنه ليس من جملة السكنى، ألا ترى أن المستأجر والمستعير لا يملكان ذلك، وفيما ليس من السكنى لا ضرورة، فلا يترك القياس.

بعض مشايخنا قالوا: هذا إذا أوقف الدابة فى موضع توقف فيه الدواب، وأما إذا أوقفها فى موضع لا توقف فيه الدواب يضمن فيه ما هلك بفعل الدابة قياسًا واستحسانًا؛ لأن إيقاف الدابة فى مثل هذا الموضع ليس من السكنى، فيعمل فيه بحقيقة القياس.

١٩٤٦٩- وإذا أوقف الرجل دابته فى طريق المسلمين ولم يربطها، فسارت عن ذلك المكان وأتلفت شيئًا، فلا ضمان على صاحبها؛ لأنه قد ذهبت جنايته، فإنه كان جانيًا بإيقاف الدابة من حيث إنه شغل طريق المسلمين بما ليس له شغله، فإذا انتقلت الدابة عن ذلك المكان، فقد زال ذلك الشغل، فزال سبب الضمان.

ولو أوقفها فى الطريق مربوطة، فجالت فى رباطها، فأصابت شيئًا إن أصابت بعد ما انحل الرباط، وزال عن مكانه، لا ضمان على صاحبها، وإن أصابت والرباط على حاله، ضمن ما جنت وإن زال الشغل عن مكان الإيقاف؛ لأن ربطه قائم، فيجعل قيام ربطه كابتداء ربطه فى المكان الذى انتقلت إليه الدابة، ولو كان كذلك ضمن، كذا هنا، أو نقول: هو ممسك للدابة فى أى موضع ذهب ما دام فى موضع رباطها، معناه چندانى كه درازى رسن است.

١٩٤٧٠- وإذا سار الرجل على دابته فى الطريق فضربها وأكبحها باللجام، فضربت[1] برجلها أو بذنبها، لم يكن عليه شيء؛ لأنه لابد للراكب من الضرب وكج

(١) هكذا فى "ف" و "م"، كان فى الأصل: فضربته.

اللجام لاستخراج السير مخرج الصرف من السير ، وصار الحال بعده كالحال قبله ، وقبل الضرب يضمن الراكب ما وطئت الدابة بيدها أو رجلها ، أو كدمت ، ولا يضمن ما نفحت برجلها ، أو ضربت بذنبها ، فكذا هنا .

١٩٤٧١ - وإذا سار الرجل على دابته فى الطريق فنخسها رجل أو ضربها بغير إذن الراكب ، فنفخت رجلا ، فقتلته[1] كان ذلك على الناخس والضارب دون الراكب ؛ لأن كل واحد منهما سبب للإتلاف ؛ لأن من عادة الدواب النفخة والوثبة عند النخس إلا أن الراكب غير متعدّ ؛ لأن له المرور فى الطريق ، والناخس متعدّ ، فكان الضمان على الناخس من هذا الوجه ، وهذا إذا كانت النفخة والوثبة فى فور النخس .

فأما إذا انقطع فوره فلا ضمان عليه ؛ لأن الجناية قد زالت ، وإذا نفخت ، فقتلت الناخس كان دمه هدرًا ؛ لأن التلف مضاف إلى نخسه ، لا إلى تسيير صاحب الدابة ، ألا ترى لو قتلت الدابة رجلا آخر ، كانت ديته على الناخس ، وأضيف التلف إلى نخسه ، كذا هنا ، فصار الناخس قاتلا نفسه ، فيكون دمه هدرًا .

ولو ألقت صاحبها الذى عليها من النخسة ، فديته على الناخس كما لو قتلت رجلا آخر ، ولو وثبت من نخسه على رجل فقتلته ، أو أوطأت رجلا فقتلته ، فالضمان على الناخس دون الراكب .

وفى المسألة نوع إشكال ؛ لأن الناخس مسبب والراكب مباشر ؛ لأن فعله اتصل بالركوب .

والجواب أن الراكب وإن كان مباشرًا إلا أنه مدفوع إلى ذلك غير مختار ، ؛ لأن الدابة هى التى وثبت ، فصار فعل الراكب مضافًا إلى الدابة ، فصار منقولا إلى الدابة ، وإذا صار فعل الراكب منقولا إلى الدابة لم يكن الراكب مباشرًا ، فتعذر إيجاب الضمان على الراكب بالمباشرة ، وتعذر إيجابه بالتسبيب ؛ لأنه لم يكن متعديًا فى التسبيب ، وأما الناخس متعدّ فى التسبيب ، فأجبنا الضمان على الناخس ، لهذا قال محمد رحمه الله فى " الجامع الصغير " : وكل شىء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد ، وفى " الأصل " قال : والراكب والسائق والقائد سواء فى الضمان .

---

(١) وكان فى " ظ " : فقتله .

من مشايخنا من قال : أراد بقوله : الراكب والسائق والقائد سواء فى الضمان حالة الانفراد ، فأما حالة الاجتماع : فالسائق لا يضمن ما وطئت الدابة مع الراكب ؛ لأن الراكب مباشر والسائق مسبب ، والمسبب لا يضمن مع المباشر كالدافع مع الحافر ، ولكن هذا لا يصح ، فإن محمداً رحمه الله ذكر فى "الأصل" : أن الراكب إذا أمر آخر ، فنخس الدابة ، فأوطأت إنسانًا كان الضمان عليهما ، وعلل فقال : لأن الناخس سائق ، والآخر راكب ، فقد بين بما سبق أن الراكب والسائق فى ضمان ما وطئت الدابة مشتركان ، ولا يختص به الراكب ، فالوجه فى ذلك أن المسبب مع المباشر إنما لا يضمن ، إذا كان السبب شيئًا لا يعمل فى الإتلاف ، متى انفرد عن المباشرة كما فى الحفر ، فإن الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الدفع الذى هو مباشرة الإتلاف لفقه أن الحفر إذا كان لا يعمل فى التلف إلا بالمباشرة ، وهو الدفع صار عمل الحفر فى الإتلاف وحكمه ، وهو التلف مضافًا إلى الدفع متى كان الدافع عالـمًا بالحفر ، وإن كان لولا الحفر لكان لا يتلف بالدفع .

هذا كما قالوا فى سفينة مملوءة من الطعام إذا جاء رجل ، وطرح فيها منًا زائداً ، فغرقت السفينة ، كان الضمان كله على الذى وضع المن الزائد ، وإن كان لولا ما تقدم من الأحمال كان لا تغرق السفينة بالمن الزائد ؛ لأن ما تقدم من الأحمال بانفراده لم يكن موجبًا للتلف ، وإنما عمل فى الإتلاف المن الزائد ، وصار العمل مع حكمه وهو الغرق مضافًا إلى واضع المن الزائد .

وكذا فى مسألة الحفر ، وإذا صار عمل الحفر فى الإتلاف مضافًا إلى الدافع ، صار كأن الدافع هو الحافر أيضًا ، ولو كان الدافع هو الحافر ، كان الضمان عليه خاصة ، ولم يجب على غيره ، كذا هنا .

فأما الركوب على الدابة بانفراده عامل فى إتلاف ما أوطأت الدابة من غير سائق ، وكذا السوق بانفراده عامل من غير أن ينخسها إنسان ، وكذا نخس الدابة بانفراده عامل فى إتلاف ما أوطأت الدابة من غير أن يكون على الدابة راكب ، وإذا كان كل واحد منهما عاملا فى الإتلاف عند الانفراد ، فإذا اجتمعا لم يجز أن يضاف عمل السوق فى الإتلاف إلى الركوب ، فبقى التلف مضافًا إليهما ، والضمان كما يجب بالمباشرة ، يجب

بالتسبيب، فأجبنا الضمان عليهما نصفان، ولا كفارة على السائق والقائد؛ لأنهما مسبِّبان، وعلى الراكب الكفارة لأنه مباشر.

١٩٤٧٢- وإذا كان الرجل يسير على الدابة فى الطريق، فنخسها رجل بإذن الراكب وأمره، فنفحت وهو يسير، فلا ضمان على الناخس[1] لأن نخس الناخس بأمر صاحب الدابة، وقد صح الأمر؛ لما أنه أمر بالتصرف فى ملكه بمنزلة نخس صاحب الدابة، ولو أن صاحب الدابة نخسها بنفسه لاستخراج السير، فنفحت إنسانًا لا يضمن؛ لأن النفحة مما لا يضمنها الراكب، كذا هنا، ولو وطئت رجلا فى سيرها، وقد نخسها هذا بأمر الراكب وإذنه كانت الدية عليهما نصفان إذا كان الوطء فى فور النخسة، وقد مر هذا، ولا يرجع الناخس على الراكب، وإن كان النخس بأمر الراكب؛ لأن الراكب أمره بالنخس، والنخس ينفك عن الإيطاء فى الجملة، فلم يكن من ضرورة الأمر بالنخس الأمر بالإيطاء.

وإذا كان الناخس عبدًا، فما أصاب الدابة فى فور النخس، فهو فى رقبته، يدفعه مولاه أو يفديه، محجورًا كان أو مأذونًا؛ لأن العبد يؤاخذ بضمان الفعل، والنخس فعل، وقد صار ذلك سببًا للتلف، وكذلك إذا كان الناخس صبيًا حرًا، فهو والرجل سواء؛ لأن الصبى يؤاخذ بضمان الفعل.

وإذا كان يسير فى الطريق على دابته، فأمر عبدًا حتى نخسها فنفحت، فلا ضمان على العبد، ولا على رب الدابة؛ لما ذكرنا أنه لو أمر حرًا بذلك، والمسألة بحالها لا ضمان على واحد منهما، فكذا إذا أمر عبدًا، وإن وطئت إنسانًا فى هذه النخسة وقتلته، فالضمان عليهما نصفان: النصف على عاقلة الراكب، والنصف فى عنق العبد يدفعه مولاه، أو يفديه كما لو أمر حرًا بذلك، ثم يرجع مولى العبد على الآمر بقيمة العبد، إذا كان قيمة العبد أقل من نصف الدية، وكان العبد المأمور بالنخس محجورًا عليه؛ لأن الآمر صار مستعملا لعبد الغير فى عمل من أعماله بغير إذن مولاه.

ومن استعمل محجورًا عليه بغير إذن المولى يصير غاصبًا، فما لحق العبد من ضمان الجناية فى حالة الاستعمال، يكون قرار ذلك على المستعمل، وإن كان العبد

(١) وفى "م": "على أحد" مكان "على الناخس".

المأمور مأذونًا له ، فمولى العبد المأمور لا يرجع على الآمر بما لحقه من الضمان ، ؛ لأن استعمال العبد هنا حصل بإذن المولى ؛ لأن سوق دابة الغير داخل تحت الإذن بالتجارة ؛ لأنه من أعمال التجارة لابد للتجار منه فى إعانة بعضهم بعضا ، ومن استعمل عبد الغير بإذنه ، فما لحق العبد من ضمان الجناية فى حالة الاستعمال يكون قرار ذلك على المولى ، والجواب فى الأمر بسوق الدابة وقودها نظير الجواب فى الأمر بنخسها .

وإن كان الراكب عبدًا ، فأمر عبدًا آخر بسوق الدابة ، فوطئت إنسانًا فهذه المسألة على وجوه : الأول : أن يكون الآمر والمأمور مأذونين فى التجارة ، وفى هذا الوجه الضمان عليهما فى عنقهما نصفان يدفعان بذلك ، أو يفديهما مولاهما ، وقد ذكرنا قبل هذا أن السائق مع الراكب يشتركان فى ضمان ما أوطأت الدابة ، ولا يرجع مولى العبد المأمور على العبد الآمر بشىء .

الوجه الثانى : إذا كان العبد المأمور محجورًا ، والآمر مأذونًا ، وفى هذا الوجه أيضًا الضمان عليهما فى عنقهما ، وإذا دفع مولى المأمور عبده ، أو فداه بنصف الدية ، رجع بقيمة عبده على الآمر بخلاف الفصل الأول ، والوجه فى ذلك أن فى الفصل الأول الآمر استعمل عبد الغير بإذنه ، وفى الفصل الثانى استعمله بغير إذنه .

الوجه الثالث : إذا كان محجورين ، وفى هذا الوجه الضمان عليهما ، وفى رقبتهما أيضًا .

وإذا دفع مولى العبد المأمور عبده ، أو فداه بنصف الدية ، لا يرجع على العبد الآمر فى الحال بشىء ، وإذا عتق ، رجع عليه بقيمة ، وهذا لأن مولى المأمور لو رجع على الآمر رجع بسبب الأمر ، والأمر قول ، والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول للحال ، وإنما يؤاخذ به بعد العتق بخلاف ما إذا كان الآمر مأذونًا ؛ لأن المأذون يؤاخذ بضمان القول للحال كالحر .

الوجه الرابع : إذا كان الآمر محجورًا عليه ، والمأمورمأذونًا ، وفى هذا الوجه الضمان عليهما فى عنقهما أيضًا ، وإذا دفع مولى العبد نصف عبده ، أو فداه ، لا يرجع على العبد الآمر ، لا فى الحال ، ولا بعد العتق ، وإن استعمل عبد الغير إلا أنه استعمله بإذن مولاه ؛ لما ذكرنا أن النخس داخل تحت الإذن فى التجارة .

١٩٤٧٣- وفى "المنتقى" : رجل واقف على دابته فى الطريق فأمر رجلا أن ينخس دابته فنخسها، فقتلت[1] رجلا، وطرحت الآمر، فدية الرجل الأجنبى على الناخس والراكب جميعًا، ودم الآمر بالنخس هدر، ولو سارت عن موضعها، ثم نفخت من فور النخس، فالضمان على الناخس دون الراكب، وإن لم يسر، ونفخت الناخس ورجلا آخر وقتلهما، فدم الأجنبى على الناخس والراكب، ونصف دية الناخس على الراكب، ولو لم يوقفها الراكب على الطريق، ولكن حرنت[2] فوقفت فنخسها هو أو غيره لتسير، فنفخت إنسانًا، فلا شيء عليهما.

١٩٤٧٤- وفيه أيضًا: رجل اكترى من آخر دابة ليذهب عليها فى حاجة له، فأتبعه صاحبها، فله أن يسوقها، فإن وقف الراكب فى الطريق على أهل مجلس، فنخس بها صاحب الدابة، أو ضربها، أو ساقها، فنفخت الدابة وهى واقفة، فقتلت إنسانًا، فالضمان على الراكب والسائق جميعًا، كان الراكب أمره بالسياق إذا كان له أن يسوق.

١٩٤٧٥- وفيه أيضًا: صبى ركب دابة بأمر أبيه، ثم إن الصبى الراكب أمر صبيًا فنخسها، فالقول فيه إذا كان مأذونًا كالقول فى الكبير، وإن كان لم يؤذن له فى ذلك، فأمر صبيًا حتى نخسها فسارت ونفخت، فعلى الناخس الضمان، ولا شيء على الراكب، وإن أمره بذلك لأن أمره باطل، وإن أوطأت إنسانًا فقتلته، وكان سيرها من النخسة، فالدية على عاقلة الناخس، ولا يرجعون بذلك على عاقلة الراكب، فقد أوجب كل الدابة على عاقلة الناخس فى هذه الصورة، وإنه يخالف المسائل المتقدمة التى مرت آنفًا، ويوافق المسألة التى مرت قبل هذا بثلاثة أوراق[3].

١٩٤٧٦- وفيه أيضًا: رجل ركب دابة رجل قد أوقفها ربها فى الطريق، فنفخت إنسانًا فقتلته، فالضمان على ربها وعلى الراكب نصفين.

١٩٤٧٧- وإذا أوقف الرجل دابة رجل فى الطريق وربطها وغاب، فأمر رب

---

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: فنفلت.

(٢) حرنت: . . . الدابة: وقفت حين طلب جريها ورجعت القهقرى.

(٣) وكان فى الأصل: أوراق المتقدمة.

الدابة رجلا حتى نخسها ، فنفخت رجلا ، أو نفخت الآمر ، فديته على الناخس ، وإن كان الآمر أوقفها فى الطريق ، ثم أمر رجلا حتى نخسها فقتلت رجلا ، فديته على الآمر والناخس نصفان .

١٩٤٧٨- رجل أذن لرجل أن يدخل داره وهو راكب ، فدخلها فوطئت دابته على شىء ، كان ضامنًا له ، وإن كان سائقًا أو قائدًا ، فلا ضمان ، هكذا ذكر فى " المنتقى " ، قال ثمة : وأصله أن كل شىء أصابه خارجًا من الدار ، وكان عليه فيه الكفارة ، فدخل منزل رجل بأمره وإجازته وأصابه ، فإنه يضمن ، وكل شىء أصابه خارجًا من الدار ، ولم يكن عليه فيه كفارة ، فدخل منزل إنسان بأمره وأصابه ، لم يضمن .

رجل أدخل بعيرًا معلّمًا فى دار رجل ، وفى الدار بعير صاحبها ، فوقع عليه المتعلم فقتله ، فقد اختلف المشايخ ، منهم من قال : لا ضمان على صاحب المعلم .

وقال بعضهم : إن أدخل صاحب المتعلم المعلم بغير إذن صاحب الدار ، فعليه الضمان ، وإن كان أدخلها بإذنه ، فلا ضمان ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله ، وعليه الفتوى ؛ لأن إدخال البعير فى دار الغير بغير إذنه جناية ، فما تولد منه يكون مضمونًا .

١٩٤٧٩- وإذا ربط حماره على موضع ، فجاء رجل آخر وربط حماره على ذلك الموضع ، فعض أحد الحمارين الآخر ، فقد ذكرنا هذه المسألة فى كتاب الغصب والضمان .

١٩٤٨٠- قال محمد رحمه الله فى " الجامع الصغير " : فى الرجل يقود قطارًا من البعير ، فأوطأ بعير إنسانًا فقتله، فديته على عاقلة القائد .

وفى الأصل يقول : رجل قاد قطارًا من الإبل فى طريق المسلمين فما أوطأ أول القطار أو آخره بيد أو رجل أو صدم إبل رجلا فقتله فالقائد ضامن ولا كفارة ، أما الضمان فلأنه قائد الكل ؛ لأن زمام أول القطار فى يده ، وزمام القطار بعضه متصل ببعض فالقائد لأول يكون قائدًا لآخر ، والقائد ضامن ما وطئت الدابة بيد أو رجل ، وقد مر هذا من قبل ، ولا كفارة ؛ لما مر قبل هذا .

وإن كان معه سائق يسوق الإبل إلا أنه تارة يتقدم ، وتارة يتأخر ، فإنهما يشتركان

فى الضمان ؛ لأن السائق سائق للكل بحكم اتصال الأزمة ، كما أن القائد قائد للكل بحكم اتصال الأزمة ، وبأن تقدم مرة ، وتأخر أخرى ، لا يخرج من أن يكون سائقًا للكل ؛ لأن أثر سوقه فى الأول لا ينقطع بالتأخر ، وأثر سوقه فى الآخر لا ينقطع بالتقدم .

وإن كان معهما آخر فى وسط القطار ، فما أصاب مما خلف هذا الذى فى وسط القطار ، أو مما قبله ، فضمان ذلك عليهم أثلاثًا ، يريد به إذا كان هذا الذى يمشى فى وسط القطار ، يمشى فى جانب من القطار ، ولا يأخذ زمام بعير يقود ما خلفه ؛ لأنه سائق لوسط القطار فيكون سائقًا للكل بحكم اتصال الأزمة .

فأما إذا كان الذى فى وسط القطار آخذ بزمام بعير يقود ما خلفه ، ولا يسوق ما قبله ، فما أصاب مما خلف هذا الذى فى وسط القطار ، فلا ضمان فيه على القائد الأول ؛ لأن القائد الأول ليس بقائد لما خلف ، هذا لما لم يكن زمامه ما خلف هذا متصلا بزمام ما قبله ، وإنما الضمان فيه على هذا لأنه قائد ؛ لما خلفه ، وما أصاب مما قبل هذا الذى فى وسط القطار ، فضمان ذلك على القائد الأول ، ولا شىء فيه على هذا الذى فى وسط القطار ؛ لأنه ليس بقائد ؛ لما قبله ، ولا سائق له حتى لو كان سائقًا له يشارك الأول فى الضمان .

١٩٤٨١ - قال فى "المنتقى" : إذا قاد الرجل قطارًا وخلفه سائق وأمامه راكب على بعير ، فوطئ بعير الراكب إنسانًا ، فالدية عليهم أثلاثًا .

وكذلك إذا وطئ بعير مما خلف الراكب إنسانًا ، وإن وطئ بغير إمام الراكب ، فهو على القائد والسائق نصفان ، ولا شىء على الراكب .

وذكر فى "المنتقى" : مسألة القطار بعد هذا فى صورة آخرى ، وأوجب الضمان على القائد ، وعلى من كان قدام البعير الذى أوطأ من الركبان ، قال : وليس على من خلفه من الركبان شىء إلا أن يكون إنسان منه يزجر ويسوق ، فيكون عليه وعلى السائق الذى خلفه يشتركون جميعًا فيه ، وأصل هذا أن يكون قائدًا نائمًا وإن لم يرده ، ولا يكون سائقًا ، إلا بعمل سوق وزجر .

١٩٤٨٢ - قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : رجل قاد قطارًا فى طريق

المسلمين، فجاء رجل ببعير، وربطه بالقطار والقائد لا يعلم به، أو علم، فأصاب ذلك البعير إنسانًا، فضمانه على عاقلة القائد دون الرابط، وإن كان كل واحد منهما مسببًا للإتلاف، وهو متعدٍّ في ذلك؛ لأن الربط في القيادة ينزل منزلة التسبيب من المباشرة؛ لأن التلف لم يتصل بالربط، واتصل بالقيادة، فهو معنى قوله: الربط من القيادة بمنزلة التسبيب من المباشرة، وإيجاب الضمان على المباشر أولى، ثم يجب الضمان على القائد، علم بذلك أو لم يعلم؛ لأن هذا ضمان مباشرة، وضمان المباشرة لا يختلف بالعلم وعدم العلم.

وهل يرجع على عاقلة الرابط؟ ينظر إن علم بالربط لا يرجع؛ لأن الرابط هو الذي أوقعه في هذه الورطة، والقائد لم يرضَ به من حيث لم يعلم، ولم يفصل محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" بينما إذا ربط البعير بالقطار والقطار واقف لا يسير، وبينما إذا ربطه والقطار يسير.

وفي بعض كتب "النوادر": أن القطار إن كان لا يسير حالة الربط، فقادها القائد بعد الربط، لا يرجع القائد على عاقلة الرابط، علم القائد بربطه أو لم يعلم، وإن كان القطار يسير حالة الربط، فالقائد يرجع على عاقلة الرابط، إذا لم يعلم القائد بربطه، وهذا لأن الربط متى حصل في حال ما كان من القطار واقفًا، فالقائد إنما قاد بعير الرابط بغير أمره؛ لأن الرابط لم يامره بالقيادة لا نصًّا ولا دلالةً، ومن قاد بعير غيره بغير أمره، وضمن ما أصاب البعير، لايرجع بما ضمن على صاحب البعير.

فأما إذا ربط والقطار يسير، فالقائد قاد بعير الرابط بإذنه دلالة، فإذا لحقه الضمان بسبب القيادة ينظر إن لحقه بسبب يمكنه تحفظ البعير عنه كان قرار الضمان على القائد، وإن لحقه بسبب لا يمكنه تحفظ البعير عنه، كان قرار الضمان على الرابط، فإن كان القائد لا يعلم بربط البعير، لا يمكنه تحفظ البعير عن الإتلاف وإن كان يعلم، يمكنه تحفظ البعير.

١٩٤٨٣- وفي "المنتقى": وإذا سار الرجل على دابة وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد، فأوطأت إنسانًا، فالدية عليهم أرباعًا، وعلى الراكب والرديف الكفارة.

وإذا سار الرجل على دابته فى الطريق، فعثرت بحجر وضعه رجل، أو بدكان بناه رجل، أو بماء قد صبه رجل، فوقعت على إنسان وأتلفه، فالضمان على الذى وضع الحجر، وبنى الدكان، وصبّ الماء؛ لأنه سبب للإتلاف، وهو متعدّ فى هذا التسبيب، ولا ضمان على الراكب؛ لأنه بمنزلة المدفوع والمكره.

١٩٤٨٤- وفى "الكفالة": إذا أرسل كلبًا أو دابة، فأصاب فى فوره شيئًا يضمن فى الدابة دون الكلب والطير.

وفى "الجامع الصغير": رجل أرسل صيدًا، وفى بعض النسخ: رجل أرسل طيرًا، وأراد به بازيًا، فقتل صيدًا مملوكًا، فلا ضمان على المرسل.

قال فى "الجامع الصغير": وكذلك إذا أرسل كلبه إرسالا، ولم يكن سائقًا له، فأصاب فى فوره، لم يضمن، وكذلك إذا أرسل كلبه على إنسان، فعقره أو مزق ثيابه، لم يضمن إلا أن يسوقه، وفى آخر جنايات "الأجناس": إذا أغرى كلبه على رجل، لا يضمن فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وهذا لأن البازى والكلب عاملان باختيارهما، فلا يضاف فعلهما إلى المرسل، بل يبقى مقصورًا عليهما، وفعل البهيمة هدر، فلهذا لا يضمن المرسل، بأن كان سائقًا للكلب والبازى، ومعناه أنه كان خلفهما، ضمن فى الكلب دون البازى.

والفرق أن الكلب يحتمل السوق كسائر الدواب، فأما البازى فلا يحتمل ذلك فهدر سوقه، ولم يهدر سوق الكلب، فأضيف إليه فعل الكلب، وإن كان مختارًا؛ لأنه محمول عليه من جهته، فأضيف فعله إليه فيما يصلح آلة له، كما أضيف فعل المكره إلى المكره فيما يصلح آلة له.

وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه أوجب الضمان فى أموال الناس فى هذا كله، سواء كان صاحب الكلب سائقًا له أو لم يكن، وجعل الإرسال بمنزلة السوق ما لم يعترض على الإرسال ما يقطعه، وأشار فى "الزيادات" إلى الضمان، وأشار إلى أن الإرسال بمنزلة السوق إلا أن هناك وضع المسألة فى الصيد.

وذكر الفقيه أبو الليث فى "شرح الجامع الصغير": من أرسل كلبه، وأصاب فى

فوره إنسانًا، ضمن المرسل وإن لم يكن صاحب الكلب سائقًا له، وأشار إلى[1] أنه مادام فى فوره، فكأنه خلفه.

ولو أرسل دابته فى طريق المسلمين، فما أصاب فى وجهها ذلك، فصاحبها ضامن لذلك باتفاق الروايات، فرق بين الدابة وبين الكلب والبازى على[2] بعض الروايات.

والفرق أن إرسال الدابة فى الطريق إذا لم يتبع مع الدابة، وأمكنه الاتباع تعدٍّ من صاحبه، فما تولد منه، يكون مضمونًا عليه، وأما إرسال الكلب والبازى من غير اتباع معه، ولا يمكنه الاتباع ليس بتعد منه، والمسبب فى الإتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعديًا، وإن انعطفت الدابة يمينًا وشمالا، وأصابت شيئًا، فلا ضمان على صاحبها إذا كان لها فى طريق فى وجهها ذلك؛ لأن بالانعطاف إذا كان لها طريق فى وجهها ذلك، ينقطع أثر الإرسال، فينقطع الإرسال أيضًا.

وعلى هذا الكلب إذا انعطف يمينًا وشمالا، وأصاب شيئًا، فلا ضمان على صاحبه على قول من يقول: بالضمان على مرسل الكلب، بخلاف السهم إذا انعطف يمينًا وشمالا من غير رد شىء؛ فإنه لا ينقطع ذلك الرمى.

والفرق أنه ليس للسهم فعل، فما أصاب يكون مضافًا إلى الرامى ما لم يرده شىء، وأما الدابة فلها فعل، فجاز أن يقطع ذلك الإرسال.

هذا إذا كان لها طريق فى وجه الإرسال، وإن لم يكن لها طريق فى وجه الإرسال، وإنما الطريق لها يمينًا وشمالا لا غير فانعطف، فإن الإرسال لا ينقطع حتى لو أصابت شيئًا بعد الانعطاف، كان الضمان على المرسل، وإن وقفت، ثم سارت، فما أصابت بعد ذلك، فلا ضمان على صاحبها؛ لأن بالوقوف ينقطع أثر الإرسال وهو السير، فينقطع الإرسال، وعلى هذا حكم الكلب على قول من يقول بالضمان على مرسل الكلب، فإن رده راد إن لم يرتد، ومضى فى وجهه ذلك، فما أصاب شيئًا بعد ذلك، فالضمان على المرسل، فصار وجود هذا الرد وعدمه بمنزلة.

---

(١) وفى الأصل: "إليه" مكان "إلى".

(٢) وكان فى الأصل: فى.

وإن ارتد، ثم وقف، ثم سار، فأصاب شيئًا، لا ضمان على المرسل، ولا على الراد، أما على المرسل فلأن إرساله قد انقطع لما ارتدت برد الراد، وأما على الراد فلأن الرد من الراد تسيير للدابة، ولكن في وجه آخر، فينقطع بوقوفها، كما تنقطع إرسال الأول بوقوفها، وإذا ارتدت ولم تقف ومضت في الوجه الذي رده الراد إليه، فأصابت شيئًا، فالضمان على الراد؛ لأنها سارت برد الراد، فمادام يمضي في وجه الراد يكون الإرسال مضافًا إليه، فيكون سيره مضافًا إليه.

والجواب فيما إذا أفسدت الدابة زرع إنسانًا بعد ما أرسلها المالك في وجهها، أو بعد ما انقطعت كالجواب فيما إذا أصابت آدميًا إذ المعنى لا يوجب الفصل، وحكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري فيمن أرسل بقرة من القرية إلى أرضه فدخل في زرع غيره فأكل إن كان له طريق غير ذلك لا يضمن، وإن لم يكن له طريق غير ذلك يضمن، فأما إذا أخرجت الدابة من المربط وأفسدت زرع إنسان، أو تركها في المرعى، فأفسدت زرع إنسان، فلا ضمان، وكذا السنانير والكلاب، إذا أفسدت شيئًا من أموال الناس، فلا ضمان على صاحبها، والأصل فيه قوله عليه السلام: «جرح العجماء جبار»[1].

١٩٤٨٥- وفي غصب "النوازل": صاحب الزرع إذا قال لصاحب الدابة: إن دابتك في زرعي، فأخرجها صاحبها، فأفسدت في حال إخراجها، فإن لم يأمر صاحب الزرع صاحب الدابة بالإخراج، فصاحب الدابة ضامن، وإن أمره بالإخراج، فلا ضمان عليه، هكذا اختار الفقيه أبو الليث، وكان الفقيه أبو نصر يقول: بالضمان في الوجهين جميعًا.

ومن وجد دابة إنسان في زرعه، فأخرجها من زرعه، فجاء ذئب وأكلها، فقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: يضمن، وهذا القائل يقول: ليس لصاحب الزرع أن يخرج الدابة إنما له أن يأمر صاحبها بإخراجها، وقال بعضهم: إن أخرجها ولم يسقها فلا ضمان، وإن ساقها بعد ما أخرجها، فهو ضامن، وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والقاضي الإمام علي السغدي، وكان الفقيه أبو نصر الدبوسي

---

(١) والحديث مضى تخريجه.

يقول: إن ساقها بعد ما أخرجها إلى موضع يأمن على زرعه منها، فلا ضمان، وإن كان أكثر من ذلك، فهو ضامن، والفتوى على ما اختاره الفضلي، وقد ذكرنا بعض هذه المسائل في كتاب الغصب.

١٩٤٨٦- وفي "فتاوى الفضلي": سئل عن رجل أصاب في زرعه ثورين ليلا، فساقهما إلى مربطه، وظن أنهما لأهل قريته، فأراد أن يربطها، فدخل أحدهما المربط وهرب الآخر وتبعه، فلم يظفر به، هل لصاحبه أن يطالبه بضمانه وقيمته؟ قال: إذا لم يقدر على من يشهد على نفسه أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه لم يضمن إلا أن يكون إنما أخذه، ومن نيته أن يمنعه عن صاحبه، فيجب عليه الضمان، فقيل له: أرأيت إن كان هذا نهاراً، فقال: إن كان الثور لغير أهل القرية، كان حكمه حكم اللقطة إن ترك الإشهاد مع القدرة عليه على أنه يأخذه، أو يحبسه في مربطه ليرده على صاحبه، ضمن، وإن لم يجد من يشهد كان ذلك عذراً له، وإن كان الثور لأهل قريته، وأخرجه من زرعه، ولم يرد على ذلك، لا يضمن إذا ضاع الثور، وإن ساقه بعد ما أخرجه من زرعه ضمن؛ لأن حكم ما يكون لأهل قريته من الثيران لا يكون في النهار حكم اللقطة، وإنما يكون حكمه حكم اللقطة في الليل، أما في النهار حكمه حكم الغصب فيضمن أشهد أم لم يشهد؛ لأن الثور إذا كان لأهل قريته لا يخاف عليه الضياع في النهار، وإنما يخاف عليه الضياع في الليل.

١٩٤٨٧- الراعي إذا وجد في سرحه بقرة أجنبية، فطردها قدر ما يخرج عن سرحه، فلا ضمان عليه.

١٩٤٨٨- وإذا وجد في كرمه، أو زرعه دابة رجل، وقد أفسدت شيئًا، فحبسها صاحب الكرم أو الزرع، فهلكت ضمن صاحب الكرم أو الزرع قيمتها؛ لأنه ليس له ولاية الحبس.

١٩٤٨٩- إذا أدخل دابته في دار رجل بغير إذنه، فأخرجها صاحب الدار فهلكت لا يضمن، ولو وضع[1] ثوبًا في بيت رجل بغير إذنه فرمى به صاحب البيت، وكان ذلك حال غيبة المالك، ضمن قيمة الثوب؛ لأن كون الدابة في بيته يضر به، فكان له دفعه عن

(١) وكان في الأصل: وقع.

نفسه بإخراج الدابة، أما كون الثوب فى بيته لا يضر به، فلا يكون له ولاية إخراج الثوب، فيصير بإخراجه ضامنًا له.

١٩٤٩٠- رجل له كلب عقور فى قرية، كلما مر به مار عضه، فلأهل القرية أن يقتلوا هذا الكلب، فإن كان عض[1] إنسانًا فقتله، فإن كان ذلك قبل التقدم على صاحبه، فلا ضمان، وإذا كان بعد التقدم على صاحبه، فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل إذا سقط، وهناك المسألة على هذا التفصيل، فههنا كذلك، ذكر المسألة فى "فتاوى سمرقنديان"، وقد كتبناها مع مسائل أخر من هذا الجنس فى كتاب الاستحسان: الجناية على الدابة، ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند"، قال بعض مشايخنا: إذا قطع الرجل يد دابة غيره يريد به دابة لا يؤكل لحمها ضمن قيمتها، ولا يقال: بأن على قول أبى حنيفة رحمه الله يقال لرب الدابة: إما أن تأخذها ولاتضمنه، وإما أن تدفعها إليه، وتضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن فقأ عينى عبد.

والفرق أن العبد قد ينتفع به بعد فقء العينين، فلو دفعنا إلى المولى قيمة العبد يحصل له القيمة مع العبد، ونقص منافعه، أما الدابة التى قطع رجلها لا ينتفع بها بوجه من الوجوه، فهى كالهالكة، وإن كانت الدابة مأكولة اللحم، فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها، وتركها على الغاصب، وإن شاء أخذها، وضمنه النقصان، هكذا ذكر المسألة هنا.

١٩٤٩١- وذكر فى "العيون": وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا استهلك إنسان البغل أو الحمار بقطع يده أو بذبحه، فإن شاء صاحبه ضمنه قيمته وسلمه له، وإن شاء حبسه ولا يضمنه شيئًا، وقال محمد رحمه الله: إن كان له قيمة بعد قطع اليد، فإن شاء ضمنه ودفعه إليه، وإن شاء، حبسه وضمنه النقصان.

قيل: والفتوى على قول أبى حنيفة رحمه، وهذا فى غير مأكول اللحم، فأما فى مأكول اللحم إذا ذبحه إنسان، فليس له أن يمسكه، ويأخذ النقصان، ولكن إن شاء أخذ قيمته، ودفعه إلى الذابح، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له.

ولو ذبح حمار غيره، فللمالك أن يمسكه، ويضمنه النقصان؛ لأن للجلد قيمة،

---

(١) وكان فى الأصل: عقر.

وإن قتله قتلا ، فليس له أن يضمنه النقصان ، وهذا التفصيل إنما يتأتى على قول محمد رحمه الله ، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله : ليس له أن يضمنه النقصان فى الوجهين جميعًا إن حبسه .

١٩٤٩٢- وفى "فتاوى الفضلى" : إذا قطع الرجل يد دابة إنسان ، أو رجلها إن كانت لا يوكل لحمها ، فعلى الجانى قيمتها ، وليس للمالك أن يمسك الدابة ، ويضمنه النقصان ، وإن كانت مأكول اللحم كالشاة والبعير والبقر ، فكذلك فى ظاهر الرواية .

وعن بعض المشايخ : أن المالك فى هذا الفصل بالخيار إن شاء ضمنه جميع القيمة ، ودفع الدابة إليه ، وإن شاء أمسكها وضمنه النقصان ، والفتوى على ظاهر الرواية .

١٩٤٩٣- وفى غصب شمس الأئمة السرخسى : إذا غصب دابة فقطع يدها أو رجلها ، فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها ، بخلاف ما لو غصب عبدًا أو جارية ، وقطع يده أو رجله ، حيث يأخذه مع أرش المقطوع إن شاء .

والفرق أن الآدمى بقطع طرفه لا يصير مستهلكًا ، والدابة تصير مستهلكة بقطع طرفها ، وكذلك لو كانت بقرة أو جزورًا ، فقطع يدها أو رجلها ، أو كانت شاة فذبحها ، وهذا يؤيد ما اخترناه للفتوى .

١٩٤٩٤- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : فى شاة القصاب وبقرة الجزار وجزور الجزار تفقأ عين واحدة منهن ، ففى البقرة ربع قيمتها ، وفى البقر ربع قيمته ، وفى الشاة ما نقصها به ، ورد الأثر عن رسول الله ﷺ وعمر رضى الله عنه ، قضى هكذا ، والمعنى فيه أن الشاة لا تمسك إلا للأكل ، فصار كاللحم والحنطة ونحوهما ، وهناك يعتبر النقصان غير مقدر ، فكذا هنا .

وأما غير الشاة من الدواب فلها منافع كثيرة سوى الأكل وهى منفعة الركوب والحمل ، فكان شبيهًا بالآدمى ، فلا يوجب نصف القيمة لشبهها بالأطعمة ، ولشبهها بالآدمى ، أوجبنا شيئًا مقدرا ، أو إنما كان التقدير بربع القيمة ؛ لأنه لا ينتفع بها إلا بأربعة أعين ، فصار كما لو كان لها أربعة أعين فيجب فى عين واحدة ربع القيمة ، والفرس والحمار والبغل والبعير مثل البقر .

وفى "المنتقى" : أن ما يحمل على ظهره ، ففى عينه ربع قيمته .

وفى جنايات الحسن : لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار ، فعليه ربع جميع القيمة ، وكذلك فى عين البقر التى يعتمل عليها ربع القيمة ، وإن كان مما لا يعتمد عليها ، فعليه ما نقصها .

وفى "نوادر هشام" : فى عين الفصل والجحش فى أحدهما ربع القيمة ، ولو فقأ عين شاة أو جمل أو طير أو كلب أو ثور أو دجاجة أو حمامة أو نعامة ، فعليه نقص .

وقال أبو يوسف رحمه الله : عليه ما نقص فى جميع البهائم .

الفصل الثامن عشر
فى النار وما يتولد منها وفى موت الرجلين بفعلهما

ومسائل الحدث[١] والعض والعثور قد مر مسألة من مسائل النار فى الفصل الرابع عشر، وهى ما إذا وضع جمرًا فى الطريق.

١٩٤٩٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": إذا أحرق الرجل حشيشًا فى أرضه، أو حصائد، أو أجمة له، فنفذت النار إلى أرض غيره، أو أحرقت شيئًا، فقد ذكرنا هذه المسألة فى كتاب الشرب من هذا الكتاب، وذكرنا تأويل المسألة ثمة على ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده وشمس الأئمة السرخسى.

ورأيت عن بعض المشايخ أن أجج[٢] نارًا عظيمًا بحيث يعلم أنه لا يحتمله أرضه، فتعدى إلى أرض جاره، ويفسد زرعه لا محالة، يضمن كما لو سقى أرضه سقيًا لا يحتمله أرضه، فتعدى إلى أرض جاره، وأفسد زرعه يضمن، وإن كان يسيرًا بحيث يحتمله أرضه، ولا يتعدى مثل تلك النار إلى أرض جاره فى الغالب فتعدى، فإنه لا يضمن كما لو سقى أرضه سقى مثله، وجعل هذا القائل التفصيل الذى ذكره محمد رحمه الله فيما إذا سقى أرض نفسه، وتعدى إلى أرض جاره ذكرا فى مسألة النار، وهذا القول قريب مما ذكرنا عن شيخ الإسلام فى كتاب الشرب، ومنهم من قال: الجواب كما أطلقه محمد رحمه الله فى مسألة النار، وهذا القائل يفرق بين مسألة السقى وبين مسألة إيقاد النار، وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا أشغل نارًا فى حصائده، فذهبت النار إلى زرع جاره أنه لا ضمان إلا أن يحيط العلم أنه إذا أشغل النار فى حصائده ذهبت النار إلى أرض جاره، فحينئذٍ يضمن؛ لأنه كالقاصد إلى ذلك.

١٩٤٩٦- وفى "واقعات الناطفى": قال علماءنا رحمهم الله: إذا طارت شررة،

---

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: الحرث.

(٢) أجج النار: ألهبها.

أو شرارات من النار ، واحتملت الريح منه النار عن أرض من أحرق زرع نفسه ، وذهبت النار إلى أرض غيره ، فأحرقت زرع الناس ، وأكد اسم ، وكان النار فى الموضع البعيد من ذلك الزرع ، وكان يؤمن بإذن الله من تلك النار أن لا يحرق زرع الناس فى أراضيهم يعنى عادة ، فإذا ذهبت الريح بالنار فى مثل هذه الصورة ، فلا ضمان ، وإن كان النار يقرب من زروع الناس على وجه يحيط العلم بأن النار إذا اشتعلت فى أرض صاحب النار يشتعل[1] فى أرض جاره وفى زرعه ضمن صاحب النار

وفى متفرقات الفقيه أبى جعفر : أنه شرط فى النار مع القرب أن يكون الريح عاصفة حتى لو لم تكن عاصفة أو الزرع بعيد لا يجب الضمان .

١٩٤٩٧- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : إذا ألقى فى التنور من الحطب ما لا يحتمله التنور ، فأحرق بيته ، وتعدى إلى بيوت غيره ، فأحرقها ، ضمن كما لو أرسل فى أرضه من الماء ما يعلم أنه لا يحتمله ، فتعدى إلى أرض غيره ، وكما لو صب على سطحه عشر قرب ماء ، أو أكثر مما يحيط العلم أن الماء يسيل إلى دار جاره ، فسال إلى دار جاره ، وأفسد متاع جاره .

١٩٤٩٨- وفى "فتاوى الفضلى" : رجل يمر فى ملكه ، أو فى ملك غيره ، وهو يحمل نارًا ، فوقعت شرارة من ناره على ثوب إنسان ، فهو ضامن ؛ لأن الاحتراق مضاف إليه لعدم تخلل الواسطة بين الحمل والوقوع على الثوب ، حتى لو طارت الريح بشرارات النار ، وألقتها على ثوب إنسان لا يضمن ؛ لأن الاحتراق ههنا مضاف إلى الريح ، كذا ذكر فى "النوادر" عن أبى يوسف رحمه الله .

قال بعض مشايخنا : إن مر بالنار فى موضع له حق المرور ، فهبت به الريح ، أو وقعت شرارة فى مال إنسان لا يضمن ، وإن مرّ بها فى موضع ، ليس له حق المرور ، حينئذٍ يتأتى هنا التفصيل إذ هبّت بها الريح لا يضمن ، وإن وقعت منه شرارة ضمن .

١٩٤٩٩- وفى "فتاوى الفضلى" : حداد ضرب حديدة على حديدة محماة ، فأسرعت شرارة من ضربه ، فوقعت على ثوب إنسان يمر فى الطريق ، فأحرقه ضمن الحداد ، كذا ذكر ههنا ، وتمامه ما ذكر فى "واقعات الناطفى" : حداد جالس فى دكانه

---

(١) وكان فى الأصل : فيشتعل .

اتخذ فى حانوته كيرًا يعمل به، والحانوت إلى جانب الطريق لعامة المسلمين، فأوقع الحداد فى كيره قارًا على حديدة له، ثم أخرجها، فوضعها على سندانه، وضرب عليها بما يضرب الحديد المحماة، فطار منها ما يطير من الحديدة المحماة حتى خرج من الحانوت، وقتل رجلا، أو فقأ عينه، أو أحرق ثوبه، أو قتل دابته، فالحداد ضامن، ودية القتيل والعين على عاقلة الحداد، وقيمة الثوب والدابة فى مال الحداد؛ لأن ما طار من دق الحداد، فهو كجناية بيده لا عن قصد، ولو لم يدق الحداد، ولكن احتملت الريح بعض النار عن كيره، أو عن الحديدة المحماة، وأخرجه إلى الطريق حتى قتلت إنسانًا، أو أحرقت ثوبه، أو قتلت دابته، فهذا جبار، والجبار هدر ليس بمضمون، وهذا لأن الريح هى التى احتملت النار هنا، وفعل الريح ليس بجناية من الحداد، ولو كان الحداد أوقد النار على طرف حانوته إلى جانب طريق على ما يحيط العلم، بأن تلك النار يشتعل إلى جانبها فى الطريق، حتى أحرقت كان ضامنًا على ما قدمنا.

١٩٥٠٠- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا اصطدم فارسان، وقتل كل واحد منهما صاحبه، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون خطأ، وإنه على ثلاثة أوجه: إما إن كان حرين، وفى هذا الوجه يجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه، وهذا استحسان، والقياس أن يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه.

وجه القياس فى ذلك أن كل واحد منهما مات بفعله، وبفعل صاحبه، فيجب نصف دية كل واحد منهما، كما لو جرح كل واحد منهما صاحبه ونفسه جراحة، وكما لو حفر رجلان بئرًا على قارعة الطريق، فأنهارت عليهما، وإنما قلنا: ذلك؛ لأنهما لما اصطدما فكل واحد منهما أولمَ صاحبه باصطدامه، أولم نفسه أيضًا، فكان موت كل واحد منهما مضافًا إلى فعله وإلى فعل صاحبه.

وجه الاستحسان: أن كل واحد منهما وإن مات بفعله وفعل صاحبه إلا أن فعله فى نفسه حصل بفعل مباح وهو مشية فى الطريق، فلا يؤثر فى إهدار شيء من دمه قياسًا على الماشى إذا وقع فى البئر ومات، فإنه يجب كل دية[1] على عاقلة الحافر، ولايهدر

(١) وكان فى الأصل: كل الدية.

شيء من دمه وإن مات بفعله وهو المشى وبفعل الحافر ؛ لأن فعله فى نفسه حصل بأمر مباح وهو المشى، فلم يهدر شيء من دمه باعتبار فعله، فكذا هنا.

فإن قيل فى مسألة الحفر: فعل الماشى إذا لم يعلم بالبئر مباح، وليس بتعدّ، وفعل الحافر تعدّ، وإضافة التلف إلى فعل هو تعدّ أولى، فأضيف التلف كله إلى فعل الحافر، فوجب كمال دية الماشى، أما فى مسألتنا هذه فعل كل واحد منهما وهو المشى فى الطريق مباح، فليس أحد الفعلين بإضافة التلف إليه بأولى من الفعل الآخر، فأضفنا تلف كل واحد منهما إلى فعله وفعل صاحبه، فهدر نصف دم كل واحد منهما، ألا ترى أن فعل كل واحد منهما فى نفسه وفى صاحبه لو كانا محظورين كما لو جرح نفسه وصاحبه لما لم يكن أحد الفعلين بإضافة التلف إليه بأولى من الآخر، أضفنا التلف إليهما، كذلك هنا.

قلنا: نعم الأمر كما قلتم: إن الفعلين استويا فى الإباحة مع هذا إضافة تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه أولى؛ لأن إضافة التلف إلى فعل صاحبه وصاحبه باشر الإتلاف؛ لأن فعله اتصل بأمر جائز، وإن كان فعله مباحًا؛ لأن مباشرة الإتلاف على الغير سبب للضمان، سواء كان تعديًا أو لم يكن، كالنائم إذا انقلب على إنسان وقتله، وإضافة تلف الإنسان إلى فعله إذا كان مباحًا لا يجوز، كما فى الماشى على البعير، فكان إضافة تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه أولى، وإذا أضفنا تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه، لم يهدر شيء من دم كل واحد منهما كما فى الماشى والحافر، وإذا جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه، فهناك فعل كل واحد منهما محظور، وهو الجواب عما إذا حفر الرجلان بئرًا على قارعة الطريق أن فعل كل واحد منهما محظور.

وإن كانا عبدين، وباقى المسألة بحالها، فلا شيء لأحد الموليين على صاحبه؛ لأن كل واحد من العبدين صار قاتلا لصاحبه خطأ، وتعلق جناية كل واحد منهما برقبته، فإذا ماتا، فقد هلك المحل الذى تعلق به الجناية، ولم يخلف بدلا، فتبطل الجناية ضرورة، وإن كان أحدهما عبدًا، والآخر حرًا، وباقى المسألة بحالها، فإنه يجب على عاقلة المقتول الحر قيمة العبد، فتأخذه ورثة المقتول الحر، ويبطل حق الحر المقتول عما زاد على

القيمة من الدية ؛ لأن كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه، الحر قتل العبد، والعبد قتل الحر، وتعلق جناية العبد برقبته، فوجب قيمة العبد على عاقلة المقتول، فإذا مات العبد، فقد هلك المحل الذى تعلق به الجناية، ولكن أخلف بدلا وهو قيمته فى ذمة عاقلة المقتول الحر، فبقدر ما خلف به بدلا لاتهدر جنايته، وبقدر ما لم يخلف بدلا يهدر جنايته.

الوجه الثانى: إذا اصطدما عمداً، وإنه على ثلاثة أوجه: الأول: أن يكونا حرين، وفى هذا الوجه يجب أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه؛ لأن فعل كل واحد منهما فى نفسه وصاحبه تعدّ، فإنه يحرم على كل واحد منهما اصطدام صاحبه فى الطريق عمداً، فأضفنا تلف كل واحد منهما إلى فعلهما، فلم يهدر من دم كل واحد منهما شىء، وإن كانا عبدين هدرت الجناية؛ لما قلنا فى فصل الخطأ، وإن كان أحدهما عبداً والآخر حرّاً، فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد، وعلى العبد نصف دية الحر فى رقبته، فإذا مات، فقد هلك، وأخلف بدلا عن نفسه وهو نصف قيمته على عاقلة الحر، ويستوفى ولى الحر المقتول من عاقلة الحر من نصف الدية قدر نصف القيمة، ويبطل حقه فى الزيادة، وكذلك إذا كانا ماشيين فاصطدما.

١٩٥٠١- ذكر هشام فى "نوادره": لو أن رجلين مدا حبلا، فانقطع الحبل، فسقطا وماتا، قال: إن سقط كل واحد منهما على القفىء، هدر دم كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما سقط بقوة نفسه لما سقط على القفىء، فكان كل واحد منهما قاتلا نفسه، وإن سقطا على الوجه وماتا، يجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه؛ لأن كل واحد منهما إنما سقط بقوة صاحبه لما سقط على الوجه، فكان كل واحد منهما قتل صاحبه، وإن سقط أحدهما على القفىء، والآخر على الوجه، فإنه يهدر دم الذى سقط على القفىء، ووجب على عاقلته دية الذى سقط على الوجه، وإن جاء أجنبى وقطع الحبل حتى سقطا وماتا، يجب على عاقلة الأجنبى دية كل واحد منهما؛ لأن الأجنبى صار مسبِّباً لقتل كل واحد منهما بقطع الحبل وهومتعدّ فى هذا التسبيب.

وذكر هذه المسألة فى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله: وذكر أنهما إذا تمادّا، ولم يذكر انقطاع الحبل وذكر أنهما إذا وقعا على وجوههما وماتا، إنه يضمن كل واحد منهما دية صاحبه، وإن وقع واحدهما على قفاه ضمن صاحب القفا دية صاحب

الوجه، وإن قطع إنسان الحبل فوقعا على أنفهما ضمن القاطع ديتهما، وإن وقعا على وجوههما ففى نسخة لايكون هذا من قطع الحبل، وفى نسخة: هذا من قطع الحبل.

١٩٥٠٢- وفى "فتاوى الفضلى": تنازع رجلان فى حبل واحد، كل واحد منهما طرفا وجذبا، فجاء ثالث، ووضع السكين على وسط الحبل وقطع الحبل، فسقط كل واحد منهما فى جانب ومات، لا يجب على قاطع الحبل دية ولا قصاص؛ لأنه قصد بذلك الصلح دون الهلاك.

قيل: ويجوز أن يكون اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع الأول أنه قطع الحبل تعديًا لا على وجه الإصلاح، وموضوع الثانى أنه قطع الحبل على وجه الخشية والإصلاح.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى يقول: إذا كان الحبل لغير القاطع ولم يأذن صاحب الحبل إياه فى القطع يجب الضمان على كل حال؛ لأن قطع الحبل تسبيب إلى التلف، وإنه تعدّ إذا كان بغير إذن صاحب الحبل، والمسبب إذا كان متعديًا يضمن كحافر البئر فى الطريق.

وقد قيل: ينبغى أن لا يجب الضمان على قاطع الحبل على كل حال؛ لأنهما تلفا بجذبهما، ولولا أثر جذبهما بعد قطع الحبل لما وقعا أصلا.

قيل: وقد ذكر فى بعض المواضع فى هذه المسألة خلافًا بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، على قول أبى يوسف رحمه الله: يجب الضمان على القاطع إذا كان الحبل لغير القاطع، وعلى قول محمد رحمه الله: لا ضمان على القاطع.

١٩٥٠٣- وفى "العيون": إذا أخذ بيد رجل، فجذب الرجل بيده، فانقلبت يده إن كان أخذ يده للمصافحة، لا شىء عليه من أرش اليد، وإن كان عمدًا فمدهما، فأصابه ذلك، ضمن أرش اليد.

١٩٥٠٤- ولو أن صبيًا فى يد أبيه جذبه إنسان من يد أبيه والأب ممسك له حتى مات، فدية الصبى على من جذبه، ويرثه أبوه، فإن جذبه الرجل وجذبه الأب حتى مات فعليهما الدية ولا يرثه أبوه؛ لأن فى الوجه الأول مات بفعل الجاذب، وفى الوجه الثانى مات بفعلهما.

١٩٥٠٥- ولو عض ذراع رجل ، فجذب المعضوض ذراعه من فيه ، فسقط بعض أسنان العاض ، وذهب بعض لحم ذراع المعضوض ، فدية الأسنان هدر ، ويضمن العاضّ أرش ذراع هذا ، وهذا بخلاف ما لو كان فى يدى رجل ثوب ، فتشبث به رجل ، فجذبه صاحب الثوب من يد المتشبث ، فتحرق الثوب يتضمن المتشبث نصف ذلك ؛ لأن عض اليد أذى ، وكان صاحب اليد مضطرًا فى نزعها بخلاف التشبث بثوبه ، وإن كان الذى جذب الثوب من ليس له الثوب ، ضمن جميع الخرق .

١٩٥٠٦- إذا مر بنائم ، فعثر عليه برجله ، ودق ساقه ، ثم سقط عليه ، فاعورت عينه ، ثم مات الواقع ، فعلى الواقع أرش رجل النائم ، وليس على النائم فى العين شىء ، وعلى عاقلة النائم دية الواقع ، فلو ماتا جميعًا ، فعلى عاقلة النائم دية الواقع ، وعلى عاقلة الواقع نصف دية النائم ؛ لأنه جنى عليه حيث وقع على ساقه ، والنائم أيضًا جنى حيث نام حين وقع هذا عليه ، فكان عليهما .

وفى البقالى : إذا عثر ماش بنائم فى الطريق ، فانكسر إصبعه وإصبع النائم ، فماتا ، فعلى عاقلة كل واحد منهما ما أصاب الآخر ، وإن عطب أحدهما ، فعلى عاقلة النائم ، وإن عثر فوقع على وجهه ، فأصاب رأسه رأس النائم فانشجا ، وانكسر إصبعهما ، ضمن النائم إصبع الواقع وشجته ، وضمن الواقع إصبع النائم دون شجته ، وإن ماتا ، فدية الواقع ونصف دية النائم .

١٩٥٠٧- قال : وذكر الطحاوى أن من سقط على غيره فقتله ضمنه ، فإن مات الساقط ، فعلى عاقلته إن كان قعوده جناية .

١٩٥٠٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : رجل وضع سيفًا فى الطريق ، فعثر به رجل ، فمات ، وانكسر السيف ، يضمن صاحب السيف ديته ، وعلى العاثر قيمة السيف ، وإن عثر على السيف ثم وقع عليه فانكسر ، ومات الرجل ، فإنه يضمن صاحب السيف دية العاثر ، ولايضمن العاثر شيئًا ؛ لأن هنا السيف دفع العاثر إلى نفسه ، فكأن صاحب السيف فعل ذلك .

الفصل التاسع عشر
فى الشهادة فى القتل

١٩٥٠٩- قال محمد رحمه الله فى "الجامع" : إذا شهد الواحد العدل أو شاهدان مستوران بالقتل عمدًا يحبس أيامًا، فإن جاء شاهد آخر عدل وإلا يخلى سبيله .

ولو شهدوا بالقتل خطأ، اختلف المشايخ فيه : قال بعضهم : لا يحبس ، وإليه مال شيخ الإسلام ، وقال بعضهم : يحبس ، وهو اختيار الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله ذكر المسألة فى "فتاوى الصغرى" .

١٩٥١٠- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : وإذا شهد شاهدان أن فلانًا ضرب فلانًا ، فلم يزل صاحب فراش ، حتى مات ففيه القود إن كان عمدًا، فقد شرط العمدية لوجوب القصاص ، ولم يتعرض للآلة ، وذكر هذه المسألة فى ديات "الأصل" ، وذكر الآلة ولم يتعرض للعمدية ، فقال : إذا ضرب الرجل غيره بالسيف ، فلم يزل صاحب فراش حتى مات ، فشهد شاهدان بذلك كان عليه القصاص ، فما ذكر فى "الجامع الصغير" إن كان قولهما فهو مجرى على إطلاقه ، وإن كان قول الكل ، فتأويله أن يكون الآلة جارحة ، وإنما وجب القصاص وإن كان من الجائز أنه مات بسبب آخر لا من الضربة ؛ لأن الضربة قد ظهرت وإنها سبب لمعنى الموت ، وسبب آخر ليس بظاهر ، والحكم أبدًا يحال على سبب ظاهر ، وإذا صار الموت مضافًا إلى الضربة ، صارت هذه الشهادة والشهادة بالقتل سواء .

ثم هذا الجواب على ما هو موضوع "الجامع الصغير" ظاهر ، لا إشكال فيه ؛ لأن الموت صار مضافًا إلى الضربة ، وقد عرف التعمد فى الضربة بوضع المسألة ، فكأنهم شهدوا بالقتل العمد ، أما على ما هو موضوع الأصل مشكل ؛ لأن العمدية لم تثبت على ما هو موضع الأصل ، والضرب قد يكون عمدًا ، وقد يكون خطأ ، والخطأ لا يوجب القصاص .

والجواب عن هذا من وجهين : أحدهما : أن العمدية قد تثبت بالشاهدة من حيث المعنى ، فيعتبر بما لو ثبت بالشهادة من حيث الصورة ، بيانه أن العمد الموجب للقصاص إنما يثبت بشيئين : بأن يقصد المكلف ضرب إنسان بالسلاح ، وأن يكون الفعل موصوفا بالحرمة ، ولما شهدوا أنه ضربه بالسيف فقد شهدوا أنه قصد ضربه بالسلاح ؛ لأنه لو كان مخطئًا فى ضربه كان لا يحل لهم أن يشهدوا بضربه ، وكان ينبغى أن يشهدوا أنه ضرب غيره ، فأصاب هذا ، فلما شهدوا أنه ضربه بالسيف كان هذا منهم بيانًا من حيث المعنى أنه كان قاصداً ضربه بالسيف ، وقد اتصف بالحرمة أيضًا ؛ لأن الفعل إنما يتصف بالحرمة إذا كان الضارب مكلفًا ، وقد قصد بالضرب محقون الدم ، وكون الضارب مكلفًا وقد قصد بالضرب ثابت من حيث الحقيقة ، والقصد إلى محقون الدم ثابت من حيث الظاهر ؛ لأن الدار دار حقن ، فالأصل لأهلها الحقن ، والإباحة عارض ، والثابت من حيث الظاهر كافٍ لوجوب القصاص ، ألا ترى أنهم لو شهدوا أن فلانًا جرح هذا عمداً حتى مات وجب القصاص ، والموت من الجراحة للعمد ثابت من حيث الظاهر لجواز أنه مات بسبب آخر ، فقد صح قولنا : إن العمدية ثبت من حيث المعنى ، وإن سألهم القاضى عن العمد ، فذلك أحوط ؛ لأن الثابت من حيث النص فوق الثابت من حيث المعنى ، وإلى هذا الجواب مال شيخ الإسلام .

والجواب الثانى : أن الشهود شهدوا بصورة العمد ؛ لأن صورة العمد هذا أن يقصد الرجل غيره بسلاح ويضربه حتى مات ، وهذا لأن العمد إنما يتميز من الخطأ بالنية ، والنية عمل القلب لايطلع عليها إلا الله تعالى ، وإنما يطلع العباد على الصورة ، والظاهر وصورة العمد ظاهر ما ذكرنا .

١٩٥١١- قال : من رأى غيره أهوى بالسيف إلى غيره يقع عنده أنه قتله عمداً ، فقد شهدوا على الظاهر ، فتقبل شهادتهم ، قال : ولأجل ذلك قلنا : إن من شهد على رجل أنه ضرب فلانًا بالسيف ، فالقاضى لا يسأله العمد ؛ لأنه يشهد بالعمد من حيث الظاهر ، فيستغنى القاضى عن السوال ، وإلى هذا الجواب مال شمس الأئمة الحلوانى .

قال : ولا ينبغى للقاضى أن يكلف الشهود أن يشهدوا أنه مات من ضربه لا محالة ؛ لأنه لو كلفهم ذلك لكلفهم على الكذب ، فإن القاضى يعلم أنهم لا يعلمون أنه

مات من ضربه لامحالة لجواز أنه حدث فى الباطن أمر ، ومات من ذلك بل إنما يعلمون أنه مات من ضربه من حيث الظاهر ؛ لأنهم لم يعرفوا له سببًا آخر ، وهذا نظير ما قالوا : فى الشاهد إذا شهدوا بورثة رجل أنه لا ينبغى للقاضى أن يكلفه على نفى وارث آخر على البتات بأن يقول : لاوارث له غيره ؛ لأنه لو كلفهم ذلك لكلفهم على الكذب ؛ لأنه لا علم لهم بنفى وارث آخر على البتات ، وإنما علمهم بنفى وارث آخر من حيث الظاهر ، كذا هنا ، وكذا إذا شهد الإنسان بعين فى يد غيره أنه ملك هذا المدعى ، فالقاضى لا يكلف الشاهد أن يقول : إن المدعى لم يبعه ، ولم يهبه من الذى فى يديه ، وإنما لا يكلفه به ؛ لأنه لا علم له به ، كذا هنا .

١٩٥١٢- وإذا قتل الرجل عمدًا ، فجاء أخوه يطلب دمه وأقام البينة بأنه وارثه لا وارث له غيره ، وأقام القاتل بينة أن له ابنا فإن القاضى لا يمكن الأخ من استيفاء القصاص ، بل يتأتى فى ذلك حتى يظهر صدق ما قاله القاتل ، وهذا لأن القاتل بهذه البينة لا يدعى الحق للأخ فى القصاص الذى عليه ؛ لأن فى زعمه أنه لاحق للأخ فى القصاص ، فكيف يكون مدعيًا تغير حقه فى القصاص الذى عليه ، وإنما ادعى قصر يده عن نفسه ، فإنه متى كان للمقتول ابن لايكون للأخ على القاتل يد ، فقد ادعى القاتل على الأخ قصر يده بسبب ادعاءه على الغائب وهو البنوة ، فتثبت البنوة فى حق قصر يد الأخ ، إن كان لا يثبت فى حق غيره من الأحكام كما قلنا : فى الوكيل بنقل[1] الأمة والمرأة إذا أقامت الأمة عليه البينة على العتاق ، أو أقامت المرأة عليه البينة على الطلاق ، فإنه يثبت الطلاق والعتاق بينهما فى حق قصر يد الوكيل عنهما ، لا فى حق أحكام أخر .

١٩٥١٣- قال محمد رحمه الله : إذا قتل الرجل وله ابنان : أحدهما حاضر ، والآخر غائب ، وأقام الحاضر البينة على القتل فهذا على وجهين : إما أن يدعى العمد أو الخطأ ، فإن كان يدعى العمد ، فالقاضى لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب بلا خلاف ؛ لأن القضاء لا يفيد ، فإن المقصود من القضاء الاستيفاء ، والأخ الحاضر لا يستوفى إذا كان أخوه الغائب كبيرًا بلاخلاف ، فلا معنى للقضاء به ، لكن اختلفوا أن الغائب إذا حضر ، وادعى ذلك على القاتل ، هل يكلف إعادة البينة على القاتل أم لا؟

(١) وكان فى الأصل : بقتل .

قال أبو حنيفة رحمه الله : يكلف، وقالا : لايكلف .

وأما إذا ادعى الخطأ، وأقام على ذلك بينة وأخوه الآخر غائب، فإنه يقضى بجميع الدية على عاقلة القاتل، وإذا حضر الغائب لا يكلف إعادة البينة، وكذلك أحد الورثة إذا أثبت على رجل دينًا لأبيه وباقى الورثة غيب ثم حضروا لا يكلفون إعادة البينة بلا خلاف .

فوجه قولهما : وهو أن القصاص أحد موجبى القتل، فوجب أن ينتصف الأخ الحاضر خصمًا عن نفسه وعن الغائب فى إثبات ذلك قياسًا على الخطأ، وهذا لأن أحد الورثة فيما يدعى للميت ويدعى على الميت ينتصب خصمًا عن نفسه وعن شركاءه؛ لأنهم بمنزلة الوكلاء عن الميت فى الخصومة كما فى الخطأ، وكما فى دعوى المال وكما لو ادعى قصاصًا وجب لأبيه فى حال حياته، قلنا : والقصاص الذى وجب بقتل الأب حق يدعيه الوارث للميت؛ لأن القصاص يجب للمورث ابتداء ثم ينتقل إلى الورثة، ألا ترى أنه يكون مورثًا من جهته بين ورثته على فرائض الله تعالى كالدية سواء، وكذا لو عفا المجروح عن الجناية صح عفوه، ولو انقلب القصاص مالا، فإن المال يكون للميت حتى يقضى من ذلك ديونه وتنفذ وصاياه، ولو لم يكن الأصل حقًا له ما ثبت حقه فى البدل، وإذا كان القصاص حقًا، يجب للميت أولا، ثم يصير للورثة من جهته، انتصب الأخ الحاضر خصمًا عن نفسه وعن الغائب فى إثبات ذلك بخلاف ما لو ادعى أحد الأخوين على رجل أنه قتل عبدًا مشتركًا بينه وبين أخيه الغائب عمدًا، وأقام ذلك ببينة، ثم حضر أخوه، فإنه يكلف إعادة البينة؛ لأن هذا القصاص الذى يدعيه على القاتل ليس بحق للميت، وإنما هذا حق يجب لهما ابتداء لا من جهة الميت، وما يدعى أحد الورثة من الحق لنفسه، ولبقية الورثة، لا من جهة الميت، فإنه لا ينتصب خصمًا فيه عن بقية الورثة، ألا ترى لو ادعى قتل خطأ فى عبد مشترك بينهما، وأقام بينة لا يقضى بنصيب الغائب حتى لو حضر كلف إعادة البينة بخلاف ما نحن فيه .

وجه قول أبى حنيفة رحمه الله : إن القصاص الذى وجب بقتل المورث، يجب للميت من وجه، ويجب للوارث ابتداء من وجه، أما يجب للميت؛ لأن السبب وجد فى حق الميت فيجب له من وجه، وأما يجب للوارث؛ لأن القصاص يجب بعد موت

المورث، والمورث بعد الموت ليس من أهل الملك، والوارث من أهل الملك فيجب للوارث، ولهذا قالوا: بأن الوارث لو عفا المجروح عن القصاص قبل موت المورث صح عفوه، ولو كان يجب حقًا للميت من كل وجه، لكان لا يصح عفوه كما لو عفا عن قصاص وجب للمورث حال حياته، وكما لو أبرأ الغريم عن دين المورث حال حياته، فدل أنه يجب للميت من وجه، وللوارث من وجه.

فمن حيث إنه يجب للميت ينتصب خصمًا عن نفسه وعن صاحبه كما لو ادعى قصاصًا، وجب لأبيه حال حياته، ومن حيث إنه يجب للوارث ابتداء، لا ينتصب خصمًا عن صاحبه، كما لو ادّعى قصاصًا بسبب قتل عبد مشترك بينهما، وشريكه غائب، فإذا كان بأحد الاعتبارين ينتصب خصمًا عن أخيه الغائب، فبالاعتبار الآخر لا ينتصب خصمًا عن أخيه الغائب، ولا رجحان لأحدهما على الآخر لم يصر خصمًا عنه بالشك والاحتمال.

وهذا بخلاف ما لو ادعى قصاصًا وجب للميت حال حياته أو دينًا، وجب للميت حال حياته، وأقام على ذلك بينة، فإنه ينتصب خصمًا عن صاحبه؛ لأن ما ادعى حق الميت من كل وجه، فإنه حين وجب هذا الحق كان الميت أهلا للملك، وسبب الوجوب وجد فى حقه وأحد الورثة، ينتصب خصمًا عن الباقين فيما كان حق الميت من كل وجه.

وأما القصاص الذى وجب بقتل الأب حق الأب من وجه وحق الوارث مبتدأ من وجه، وفيما يجب لهما ابتداء لا ينتصب أحدهما خصمًا عن صاحبه، وفيما يجب للميت ينتصب كل واحد منهما خصمًا عن صاحبه، فلم ينتصب خصمًا عن صاحبه بالشك والاحتمال.

وعلى قياس ما ذكرنا يجب أن لا ينتصب خصمًا فى الخطأ عن شريكه الغائب؛ لأن الدية من وجه تجب للميت ومن وجه تجب للوارث؛ لما بينا أن الدية تجب بعد موت المقتول، وبعد الموت المقتول ليس من أهل الملك والوارث من أهل الملك، ولهذا صح عفو الوارث عن الدية حال حياة الأب كيف، وقد روى الخصاف عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فى الخطأ كما فى العمد، فإن أخذنا بهذا سقط السوال، ولئن سلمنا أن الحاضر ينتصب خصمًا عن الغائب فى الخطأ فإنما ينتصب

فى الخطأ؛ لأن ما يوجب أن يكون خصمًا عن أخيه راجح على ما يمنع، وقد تعذر العمل بهما، فوجب القول بالراجح.

بيانه: أن ما يوجب أن يصير خصمًا عن أخيه الغائب شيئان: أحدهما: أنه ينتصب خصمًا عنه من حيث إن الدية تجب للميت من وجه، فإن ما يجب للميت فأحد الورثة ينتصب خصمًا عن شركاءه، ومن حيث إنه يجب ابتداء للوارث من وجه انتصب أيضًا خصمًا عن الغائب من وجه، ولا ينتصب خصمًا من وجه من حيث إن الغائب متى جاء وقد قبض الحاضر نصيبه عن الدية والحاضر مقر أن الغائب شريكه كان للغائب أن يشاركه، ويأخذ منه نصف ما قبضه الحاضر، وإذا أخذ منه نصفه كان للحاضر أن يرجع بما أخذ منه الغائب على الغريم، فلا بد أن يتقرر كذلك حتى يثبت حقه فى جميع الدية، فبهذا الاعتبار ينتصب خصمًا عن أخيه الغائب، ومن حيث إنه لا يشاركه فيما قبض، ولكن يتبع العاقلة بنصيبه، لا يثبت للحاضر الحق فى جميع الدية، فدل أن ما يوجب أن يصير الحاضر خصمًا عن الغائب شيئان، وما يمنع شيء واحد والعمل بالأمرين متعذر؛ لما بينها من التنافى، فوجب العمل بالراجح، وسقط اعتبار المرجوح بخلاف القصاص؛ لأن ما يوجب أن يصير خصمًا عن الغائب شيء واحد، وهو أن القصاص من وجه يجب للميت، وما يمنع أن يصير خصمًا عن شريكه الغائب شيء واحد، وهو أنه من وجه يجب ابتداء للوارث، وبهذا الاعتبار لا يصير خصمًا عن صاحبه إلا بعد أن يكون له استيفاء نصيبه كما فى الدية.

وليس له استيفاء القصاص حال غيبة صاحبه، فأسوى[1] ما يوجب أن يصير خصمًا عن صاحبه وما يمنع، ولا رجحان لأحدهما على الآخر، فلم ينتصب خصمًا عن صاحبه، وكان كما لو ادعى الحاضر على رجل قتل عبد مشترك بينه وبين أخيه الغائب خطأ، وأقام على ذلك بينة لا ينتصب خصمًا عن صاحبه؛ لأنه إن كان ينتصب خصمًا عنه من حيث إنه إذا حضر شاركه فيما قبض لا ينتصب خصمًا عنه متى لم يشاركه؛ لأنه متى لم يشاركه لا يثبت حقه فى الجميع، فقد استوى ما يوجب وما يمنع، ولا رجحان لأحدهما على الآخر بخلاف قصاص وجب للميت حال حياته؛ لأن ذلك

---
(١) وكان فى الأصل: فاستوفى.

القصاص يجب للميت من كل وجه بدليل أنه لا يصح عفوًا لوارث عن هذا القصاص، وما يجب للميت من كل وجه فإن أحد الورثة ينتصب فيه خصمًا عن الباقين، فأما القصاص الذى وجب بقتل الأب يجب للميت من وجه، وللوارث ابتداء من وجه على ما ذكرنا.

١٩٥١٤- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا حضر الورثة جميعًا، فادعوا دم أبيهم على رجلين: أحدهما غائب، والآخر حاضر، وأقاموا البينة عليهما جميعًا بالقتل عمدًا تقبل البينة على الحاضر، ويقضى عليه بالقصاص، ويقتل قبل مجيء الغائب، ولا تقبل البينة على الغائب، ولا يقضى على الغائب بالقصاص، حتى إذا جاء الغائب، وأنكر القتل تحتاج الورثة إلى إعادة البينة على الغائب، أما يقبل على الحاضر لأنها قامت على خصم، ولا تقبل على الغائب؛ لأنه ليس عن الغائب خصم حاضر، والبينة لا تسمع إلا على خصم حاضر.

وإنما قلنا: إنه ليس عن الغائب خصم حاضر؛ لأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب لا حقيقة، وإنه ظاهر، لأن الغائب لم يوكل الحاضر بالخصومة حتى ينتصب عنه خصمًا بالموكل حقيقة، ولم ينتصب خصمًا عنه من حيث الحكم؛ لأن الحاضر إنما ينتصب خصمًا عن الغائب حكما إذا كان ما يدعى على الحاضر لا يثبت إلا بما ادعى على الغائب، بأن كان ما ادعى على الغائب سببًا لثبوت حقه على الحاضر كما لو ادعى القاتل على الأخ الحاضر أن الأخ الغائب عفا عن القصاص، فأنكر الحاضر ذلك على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وهذا ما ادعى على الحاضر من القتل يثبت بدون ما ادعى على الغائب، فإن قتل الحاضر مما يتحقق بدون قتل الغائب، فلم ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم، فالبينة على الغائب بالقتل قامت لا على خصم حاضر، فلم يقتل، وإذا قضى بالقصاص على الحاضر لا يؤخر لغيبة الآخر، وإن كان الآخر لو حضر ربما يدل بحجة تسقط القصاص عن الحاضر بأن ادعى الإذن من جهة المقتول، وأقام على ذلك بينة؛ لأن هذه شبهة موهومة غير محققة ولا معتبر لها.

ثم هذا الذى ذكر فى الكتاب: أن الحاضر يقتل، ولا يؤخر لغيبة الغائب قول أبى

حنيفة رحمه الله الآخر، وهو قولهما، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله الأول: لا يقتل الحاضر حتى يحضر الغائب، فإنه قال في كتاب السرقة: إذا شهد شاهدان على رجلين سرقة مائة درهم، وأحدهما حاضر والآخر غائب، أو أقر أنه سرق هو وفلان مائة درهم وفلان غائب، ذكر أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: الأول لا يقطع الحاضر حتى يجيء الغائب؛ لأنه ربما يدل بحجة يسقط الحد عنه وعن صاحبه، وعلى قوله الآخر: يقطع، ولا يؤخذ لغيبة الغائب، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول: يعتبر الشبهة الموهومة في درء ما يدرء بالشبهات، ثم رجع، وقال: لا تعتبر الشبهة الموهومة، وهو قولهما، فهذا على ذلك -والله أعلم-.

١٩٥١٥ - قال محمد رحمه الله في الكتاب: وإذا اختلف شاهد القتل في الأيام، أو في البلدان، بأن شهد أحدهما أنه قتله في يوم الخميس مثلا، وشهد الآخر أنه قتله يوم الجمعة، أو شهد أحدهما أنه قتله في بلدة كذا، وشهد الأخر أنه قتله في بلدة كذا غير تلك البلدة، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة؛ لأن الشهادة قامت على الفعل، والشهادة متى قامت على الفعل يضرها اختلاف المكان والزمان.

وذكر الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده" في "شرح ديات الأصل": أنهما إذا اختلفا في المكان، والمكانان متقاربان كبيت صغير، فشهد أحدهما أنه رآه قتله في هذا الجانب، وشهد الآخر أنه قتله في الجانب الآخر، فإنه تقبل الشهادة استحسانًا؛ لأنه يجوز أن يكون ابتداء الفعل في جانب من هذا البيت، وانتهاءه في جانب آخر، ومتى كان ابتداء في جانب، وانتهاء في جانب آخر كان الفعل واحدًا، فيكون المشهود به واحدًا.

وكذلك لو اختلفا في الآلة، وعلم أن الكلام في الآلة في فصول: أحدها: أن يتفقا على الآلة، بأن شهدا أنه قتله بالسيف، أو قتله بالعصا، فإن شهدا أنه قتله بالسيف إن ذكرا صفقة التعمد، بأن قالا: قتله عمدًا بالسيف، فإنه تقبل شهادتهما، ويقضى عليه بالقصاص؛ لأنهما شهدا بقتل واحد، والمقضى به معلوم وهو القصاص، فوجب القضاء بها، وصار الثابت بشهادة الشاهدين كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه قتله بالسيف

عمداً يقضى عليه بالقصاص ، فكذلك هذا .

وإن قالا : قتله بالسيف خطأ تقبل شهادتهما ، ويقضى بالدية على العاقلة ؛ لأنهما شهدا بقتل واحد ، والمقضى به معلوم ، وهو إيجاب الدية على العاقلة .

وإن سكتا عن ذكر صفة العمد أو الخطأ ، فهذا ولو ما ذكرا صفة العمد(١) سواء ؛ لما ذكرنا أن القتل بالسلاح عمد ، وإن قالا : لا ندرى قتله عمداً أو خطأ ، فإنه يقبل هذه الشهادة ويقضى بالدية فى مال القاتل ؛ لأنهما شهدا بقتل واحد فلا بد من القضاء به ، وتعذر إيجاب القصاص لاحتمال أن يكون خطأ ، والقصاص متى تعذر لحقيقة الخطأ يجب الدية ، فكذلك إذا تعذر لاحتمال الخطأ ، وإذا وجبت الدية وجبت فى مال الجانى ، وهذا الجواب إنما يستقيم على رواية كتاب المعاقل ؛ لأن الدية تجب على الجانى ؛ لأنه هو القاتل ، ثم ينتقل إلى العاقلة بقضاء القاضى على رواية كتاب المعاقل ، فقد تيقنا بوجوب الدية على الجانى ، وشككنا فى نقله إلى العاقلة ، إن كان خطأ وجب النقل إليهم ، وإن كان عمداً لا يحل النقل ، فلا يجب النقل بالشك .

وهذا الذى ذكرنا أن الشهادة مقبولة جواب الاستحسان ، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأنهما شهدا على أنفسهما بالسهو والغفلة ، وسنذكر ذلك فيما إذا شهدا أنه قتله ، وقالا : لا ندرى بماذا قتله ، وإن شهدا أنه قتله بعصا ، إن كان العصا صغيراً لا يقتل مثله غالبًا ، فإنه تقبل الشهادة ويقضى بالدية على العاقلة عندهم جميعًا كما لو ثبت معاينة سواء شهدا بالعمد أو بالخطأ أو أطلقا ؛ لأن موجب القتل بالعصا الصغير الدية على العاقلة فى الأحوال كلها ، وإن كان العصا كبيراً بحيث يقتل مثله غالبًا ، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدا أنه قتله بالعصا الصغير ، وعندهما الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدا أنه قتله بالسيف .

الفصل الثانى : إذا شهد أحدهما أنه قتله بالسيف والآخر شهد أنه قتله بالحجر حتى اختلف الآلة لا تقبل هذه الشهادة لعلتين : إحداهما : أن المقضى به مجهول ، فإن المقضى به القصاص إن قتله بالسيف ، والدية على العاقلة إن قتله بالعصا أو بالحجر ، ولا يدرى ، فكان المقضى به مجهولا ، والثانية : أنهما شهدا بقتلين مختلفين ؛ لأنهما اختلفا

---

(١) وفى الأصل : صفة العمد والخطأ سواء .

فى الآلة ، واختلافهما فى الآلة يوجب اختلافًا فى القتل ؛ لأن القتل مما لا يثنى ولا يكرر ، فمتى صار النفس الواحد مقتولا كله بالعصا لا يتصور أن يصير مقتولا بالسيف كما أن النفس إذا صار مقتولا فى زمان أو مكان ، لا يتصور أن يصير مقتولا فى زمان آخر ومكان آخر ، ثم الاختلاف فى الزمان والمكان اختلاف فى نفس القتل ، فكذلك الاختلاف فى الآلة .

وإذا شهدا أحدهما أنه قتله بالسيف وشهد الآخر أنه قتله بالسكين ، أو شهد أحدهما أنه قتله بالحجر ، وشهد الآخر بالعصا لا تقبل لعلة واحدة ، وهو أنهما شهدا بقتلتين مختلفين ، ولا تجيء العلة الأولى وهو جهالة المقضى به ؛ لأن المقضى به معلوم وهو القصاص فى الوجه الأول ، والدية على العاقلة فى الوجه الثانى .

ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه قتله بالسيف عمدًا وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله بالسكين ، وقال المدعى : قد أقر بما قالا إلا أنه ما قتله إلا طعنا بالرمح جازت الشهادة ، واقتص من القاتل ذكره ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد رحمه الله .

الفصل الثالث : أن يشهد أحدهما أنه قتله بالسيف أو بالعصا ، وشهد الآخر أنه قتله ، قال : ولا أدرى بماذا قتله لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن المقضى به مجهول ، فإن المقضى به إذا كان القتل بعصى الدية على العاقلة ، والمقضى به إذا لم يعلم بماذا قتل الدية فى مال القاتل كما لو شهدا بذلك ، فكان المقضى به مجهولا ، وجهالة المقضى به تمنع القضاء بالشهادة .

توضيحه : أن الذى شهد بالعصا شهد بقتل هو شبه العمد والآخر شهد بمطلق القتل ، ومطلق القتل يحتمل أن يكون عمدًا ويحتمل أن يكون شبه عمد ، ويحتمل أن يكون خطأ ، فلم يثبت الاتفاق فى المشهود به ، فلا يقبل شهادتهما لهذا .

الفصل الرابع : إذا شهدا أنه قتله وقالا : لا ندرى بماذا قتله ، فالقياس أن لا تقبل هذه الشهادة ، ولا يقضى بشيء ، وفى الاستحسان : أن تقبل ، ويقضى بالدية فى ماله ، ولا يقضى بالقصاص .

وجه القياس : أنهما شهدا على أنفسهما بالسهو والغفلة لما قالا : لا ندرى بماذا قتله وشهادة المغفل لا تقبل ، ولأن المقضى به مجهول ؛ لأنا لا ندرى أنه قتله بالسيف

عمداً، فيكون الواجب هو القصاص أو خطأ، فتجب الدية على العاقلة، أو قتله بالعصا عمداً أو خطأ، فتجب الدية على العاقلة، فكان المقضى به مجهولا، فيجب أن لا تقبل هذه الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف أو بالعصا، وشهد الآخر، فقال: لا ندرى بماذا قتله.

وجه الاستحسان فى ذلك: وهو أنهما شهدا بقتل واحد، فإن كل واحد منهما شهد بما شهد به صاحبه فكانا شاهدين بقتل واحد فلا بد من القضاء بالقتل، وإذا وجب القضاء بالقتل، لم يجب القضاء بالقصاص؛ لأنه وقع الشك فى وجوب القصاص؛ لأنه يجوز أن يكون بالسيف عمداً، ويجوز أن يكون قتله خطأ، فقد شككنا فى إيجاب القصاص، فلانوجبه بالشك، وتيقنا بإيجاب الدية؛ لأن القصاص سقط لاحتمال أن يكون هذا القتل خطأ، فيكون القصاص ساقطاً لمعنى جاء من جهة ولى القتل، وفى مثل هذا يجب المال، وإن كان القتل عمداً بيقين كقصاص بين شريكين على أحدهما، فههنا كذلك، وإذا تيقنا بإيجاب الدية، وجب فى مال القاتل، ولم يجب على العاقلة على رواية كتاب المعاقل؛ لأن الدية تجب على القاتل، وإنما تنتقل إلى العاقلة بالقضاء، وقد وقع الشك فى النقل إلى العاقلة، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف أو بالعصا، وشهد الآخر أنه قتله وقال: لا ندرى بماذا قتله؛ لأن هناك أحدهما لم يشهد بما شهد به صاحبه من كل وجه بخلاف ما نحن فيه.

وقوله: المقضى به مجهول، قلنا: لا، بل هو معلوم وهو إيجاب الدية فى ماله، وما قال: إنهما أقرّا على أنفسهما بالسهو والغفلة، قلنا: إنما يكون إقراراً بالسهو والغفلة لو قالا: رأينا الآلة ثم نسينا، فأما إذا قالا: لا ندرى لا يكون إقراراً بالسهو لا محالة لجواز أنهما لم يريا الآلة، وإنما رأيا القتل، وقد يرى الإنسان قتل إنسان من بعيد، ولا يدرى بأى آلة قتله، ويجوز أن يكون قد رآه إلا أنه نسى، فقال: لا أدرى، فيكون إقراراً منه على نفسه بالسهو والغفلة، فلا نجعله إقراراً بالسهو والغفلة على أنفسهما بالشك والاحتمال.

١٩٥١٦- وإذا شهد شاهدان بالقتل خطأ، شهد أحدهما على معاينة القتل، وشهد الآخر على الإقرار بالقتل، فإنه لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين حقيقة وحكماً، أما حقيقةً؛ لأن أحدهما شهد بالفعل، والآخر شهد بالقول،

والقول والفعل مختلفان من حيث الحقيقة، فإن القول قد يحتمل الصدق والكذب، والفعل لا يحتمل الكذب، فكانان غيرين من حيث الحقيقة، وكذا من حيث الحكم؛ لأن حكم معاينة القتل إذا كان خطأ وجوب الدية على العاقلة، وحكم الإقرار بقتل الخطأ وجوب الدية فى مال الجانى.

١٩٥١٧- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": رجل مات، وترك ابنين، فأقام أحد الابنين بينة، أن هذا الرجل قتل أباه عمداً، وأقام الابن الآخر بينة على رجل آخر، أنه قتل أباه خطأ، فلا قصاص على واحد منهما، أما على الذى ادعى عليه القتل الخطأ فظاهر، وأما على الذى ادعى عليه القتل العمد فلأنه لم يتعين قاتلا، بل الأمر مشتبه بيانه، وهو أن كل واحد من الابنين خصم فى دعوى القتل وإثباته، وقد أثبت كل واحد منهما بينة على من أقامها عليه فلايتفرد به، والقتل فى محل واحد لا يتكرر، فلا يتصور اجتماع القتلتين فى محل واحد أحدهما عمد والآخر خطأ، فبقى المقاتل مشتبهاً، أو نقول: نجعل كأن الأمرين كانا؛ لأن البينات شرعت حجج الله تعالى يجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن بأن يجعل كأن شهود القتل العمد عاينوه جرحه عمداً، فلم يزل صاحب فراش حتى مات، ولم يعلموا جراحة غيره خطأ، وشهود قتل الخطأ عاينوا جرحه خطأ، فلم يزل صاحب فراش حتى مات ولم يعلموا بجراحة غيره عمداً، فشهد كل فريق على ما عاين وشاهد، ولو كان هذا لا يجب القصاص على العامد بمشاركة الخاطئ إياه فى القتل، كذا هنا، ولمدعى العمد نصف الدية فى مال من أقام عليه البينة فى ثلاث سنين.

أما وجوب نصف الدية: فإنه تعذر عليه استيفاء القصاص لا لمعنى من جهته، بل بدعوى صاحب الخطأ فيقضى له بحصته من الدية، وأما فى مال القاتل فلأن القتل عمد فى حقه، والعاقلة لا تعقل العمد، وأما فى ثلاث سنسن فلأن وجوبه بالقتل، والدية إذا وجبت بالقتل تجب فى ثلاث سنين، وإن كان القتل عمداً كالأب إذا قتل ابنه عمداً، والبعض معتبر بالكل، ولمدعى الخطأ على عاقلة من أقام عليه البينة نصف الدية فى ثلاث سنين؛ لأنه أثبت جميع الدية على عاقلة النصف لنفسه والنصف لصاحبه إلا أن صاحبه أنكر ذلك وكذب شهوده، لكن إن كان صاحبه يؤثر فى حق نفسه لا فى حقه، فبقى نصيبه، وذلك نصف الدية.

الفصل العشرون
فى الصلح والعفو والشهادة فى ذلك

١٩٥١٨- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": رجل قتل رجلا عمدًا، وصالحه على الدية ولم يذكر حالا ولا مؤجلا فعليه الدية حالة؛ لأن هذا المال وجب بالعقد، فوجب أن يعتبر بما يجب بسائر العقود، وهى تجب حالة إلا بالشرط، فكذلك هذا، وهذا لأنه وجب عوضًا عن القصاص، فكان كثمن المبيع وبدل الخلع، ألا ترى أن القصاص كان حالا، وهذا عوض يخلفه بخلاف ما وجب بالقتل؛ لأنه ثمة قام الدليل على أنه شرع مؤجلا، وذلك معدوم فى بدل الصلح.

١٩٥١٩- ولو كان القتل خطأ، فقال: صالحتك على ألف دينار، أو قال: على عشرة آلاف درهم، ولم يسمّ لذلك أجلا، وكان ذلك قبل قضاء القاضى، وقبل تراضيهما على نوع من أنواع الدية، فإنه يكون مؤجلا؛ لأن الصلح قبل الخطأ والرضاء على نوع من أنواع الدية تعيين منهما للواجب، وليس بإيجاب مبتدأ، وهذا لما ذكرنا فى صدر الكتاب أن الدية أحد الأنواع الثلاثة أو أحد الأنواع الستة على حسب ما اختلفوا غير عين، فإنما يتعين حق القتل فى شىء منهما بالقضاء أو بالتراضى، فقبل ذلك حقه غير متعين، فكان الصلح منهما على الدراهم أو الدنانير تعيينًا للواجب، والواجب فى فصل الخطأ مؤجل شرعًا، فلا حاجة إلى تأجيلهما، أما فى فصل العمد وجوب المال بإيجابهما، وهما أوجباه غير مؤجل، فيجب كذلك.

ثم الصلح فى فصل الخطأ على وجهين: إما إن كان قبل قضاء القاضى وقبل تراضيهما على نوع من أنواع الدية، أو كان بعد قضاء القاضى، أو بعد تراضيهما على نوع من أنواع الدية، فإن كان بعد القضاء بنوع من أنواع الدية أو بعد تراضيهما على ذلك، فهو على وجهين: إما إن وقع الصلح على النوع الذى وقع القضاء، أو وقع التراضى عليه، وفى هذا الوجه إن كان الصلح على أكثر من الدية لا يجوز الصلح، أما إذا كان المقضى به دراهم عشرة آلاف درهم أو دنانير آلف دينار، فاصطلحا على خمسة

عشر ألف درهم أو على ألف وخمسمائة دينار فلا إشكال؛ لأن حق ولى القتيل تعين فى الدراهم والدنانير، فإذا أخذ أكثر من حقه، يكون ربا كما فى سائر الديون من كان له على آخر دينًا دراهم أو دنانير، واصطلحا على أكثر من ذلك لا يجوز، وإنما لا يجوز لمكان الربا، وإن كان المقضى به إبلا مائة من الإبل فاصطلحا على مائة وخمسين إن وقع الصلح نسيئة لا شك أنه لا يجوز؛ لأنه يكون دينًا بدين، وإن كان يدًا بيد بأن كانت الإبل بأعيانها، فكذلك لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز إما بطريق المبادلة أو بطريق الزيادة(١) على الواجب أو بطريق الهبة، وتجويزه بطريق المبادلة متعذر؛ لأنه وقع على جنس الحق والصلح، متى وقع على جنس الحق لا يعتبر مبادلة، بل يعتبر استيفاء لعين الواجب؛ لأن المستوفى عين الواجب حكمًا إن كان غيره حقيقة، وإذا اعتبر استيفاء لعين الواجب صار أخذ أكثر من الدية، والدية مقدرة شرعًا، وتقدير الشرع إما أن يمنع الزيادة والنقصان، وهذا التقدير لا يمنع النقصان، فمتى لم يمنع الزيادة لم يظهر فائدة التقدير، ولايمكن تجويز الزيادة بطريق الهبة؛ لأنه يكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وإنه باطل، وهذا بخلاف ما لو تزوج امرأة على مائة من الإبل بأعيانها، ثم اصطلحا على مائة وخمسين من الإبل بأعيانها، كان ذلك جائزًا؛ لأنه إن لم يكن تجويزه بطريق المبادلة؛ لأن الصلح وقع على جنس الحق، فيكون استيفاء لعين الحق لا مبادلة، أمكن تجويزه بطريق الزيادة؛ لأن تقدير المسمى من جهتهما لا يمنعهما من الزيادة على ما قدرا، فإن الزوج لو زاد فى المهر جاز بخلاف تقدير الشرع إذا لم يمنع النقصان، فإنه يمنع الزيادة حتى لا تلغو فائدة التقدير.

١٩٥٢٠- هذا إذا وقع الصلح على أكثر من النوع الذى حصل به القضاء، فأما إذا وقع الصلح على أقل من جنس الحق، فإنه يعتبر إبراء عن البعض، واسيفاء للبض، والإبراء عن البعض جائز، ويجوز نسيئة كان أو يدًا بيد، لأنه لا يكون صرفًا.

هذا إذا اصطلحا على جنس ما وقع القضاء به على أكثر، أو أقل نسيئة، أو يدا بيد، فأما إذا اصطلحا على خلاف جنس المقضى به، وقد صالحه على أكثر مما قضى به، فإنه لا يجوز؛ لأن الصلح متى وقع على خلاف جنس الحق يعتبر مبادلة، وقد أمكن

(١) وفى الأصل: "الشهادة" مكان "الزيادة".

تجويزه ؛ لأنه لا يتمكن فيها الربا ، فجاز إلا أنه إذا كان المقضى به دراهم ، وقد اصطلحا على دنانير أكثر منه ، إنما يجوز إذا كان يدًا بيد ؛ لأنه يكون صرفًا ، والصرف بالنسيئة باطل ، وإن كان المصالح عليه فرسًا أو حمارًا أو عبيدًا ، إن كان دينًا ، فإنه لا يجوز ؛ لأن الافتراق وقع عن دين بدين وإن كان عينًا يجوز ، وإن لم يقبض فى المجلس ؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين فيما ليس بصرف ، وإن كان صالحه على أقل من المقضى به إن كان المقضى به دنانير ، والآخر دراهم ، فإنه لا يجوز نسيئة ، ويجوز يدًا بيد ؛ لأن الصلح متى وقع على خلاف جنس الحق يعتبر مبادلة ؛ لأنه لايمكن أن يعتبر إبراء عن البعض وإسقاطًا للبعض ، وإذا اعتبر مبادلة يكون صرفًا ، والصرف لا يجوز إلا يدًا بيد ، وإن كان عرضًا من العروض إن كان نسيئة لا يجوز ؛ لأنه يكون دينًا بدين ، وإن كان بعينه يجوز ، سواء قبض فى المجلس أو لم يقبض ؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين فيما ليس بصرف .

١٩٥٢١ - هذا الذى ذكرنا إذا اصطلحا بعد القضاء والرضا ، فأما إذا اصطلحا قبل القضاء والرضا ، إن اصطلحا على مال قرض فى الدية ، وإن كان المصالح عليه أكثر من الدية ، فإنه لايجوز ، وإن كان يدًا بيد ، وكان يجب أن يقال : بأنه يجوز إن كان يدًا بيد ؛ لأن قبل القضاء والرضا حق ولى القتيل غير متعين ، فيكون حقه فى أحد الأنواع الثلاثة عندهم جميعًا ، وأحد الأنواع الستة عندهما ، فإذا صالح على أحد الأنواع الذى فرض فى الدية ، وإنه أكثر من الدية يجب أن يجعل هذا بدلا عن نوع آخر ، وإن كان النوع الآخر منصوصًا عليه احتيالا لهذا الصلح ؛ لأن حقه بعد لم يتعين فى نوع منهما ، هذا كما قالوا : فى كفارة اليمين يجعل الطعام بدلا عن الكسوة ، والكسوة عن الطعام إذا لم يكن تجويزه عن نفسه بسبب النقصان احتيالا للجواز ، ولذا كان كل واحد منهما منصوصًا عليه فى كفارة اليمين ؛ لأن الواجب أحدهما ، فكذلك هذا متى صالحه على أكثر من عشرة آلاف قبل قضاء القاضى بالدراهم ، يجب أن يجعل بدلا عن الدنانير وعن الإبل احتيالا للجواز ؛ لأنه يحتال لجواز تصرف العاقل ما أمكن .

قلنا : إنما يحمل العقد على الجواز إذا احتمل الفساد ، والجواز إذا كان للجواز جهة متعينة ، فأما إذا كان للجواز جهتان ، وليست إحداهما بأولى من الأخرى ، فإنه لا يمكن الحكم بالجواز ، هذا كما قالوا : فيمن اشترى عبدًا بألف درهم ، وقبض العبد ولم

ينقد الثمن، ثم إن المشترى باع العبد المشترى مع عبد له آخر من بائعه بألف درهم ومائة، وقيمة كل واحد منهما ألف، فإنه لا يجوز البيع فى العبد الذى اشتراه، وإن أمكن تجويزه بأن يصرف إلى العبد المشترى من الثمن ألف والباقى بإزاء الآخر؛ لأنه كما يجوز إذا صرفنا[1] إليه ألفًا، يجوز إذا صرفنا[2] إليه ألفًا ودرهمًا، ولا بد من تعيين إحدى الجهتين، حتى يعرف حصة كل واحد منهما من الثمن، حتى إذا وجد بأحدهما عيبًا يدرى بأىّ قدر يرد، وليست إحدى الجهتين بأولى من الآخر، فتعذر التجويز، فكذلك هنا للجواز جهتان: إن جعلنا الدراهم بدلا عن الدنانير، جاز، وإن جعلناها بدلا عن الإبل، يجوز، وليست إحدى جهتى الجواز بأن يعين أولى من الأخرى، فتعذّر[3] التجويز بخلاف مسألة الكفارة؛ لأن جهة الجواز ثمة متعينة، وجهة الفساد متعينة، فأما متى جعلنا المؤدى عن نفسه لم يجز؛ لأنه ناقص، وإذا جعلناه بدلا عن الأخرى جاز، فحملناه على ما يجوز كمن باع كر حنطة وكر شعير على ثلاثة أكرار حنطة، فثلاثة أكرار شعير، وإذا تعذّر أن يجوز بطريق المبادلة، جعلنا هذا تعيينًا منهما للنوع الذى اصطلحا عليه، فإذا أخذ أكثر من ذلك لم يجز، وإن وقع الصلح على أقل من عشرة آلاف أو على أقل من ألف دينار، أو على أقل من مائة من الإبل، فإنه يجوز نسيئة كان أو يدًا بيد؛ لأنه أبرأه عن البعض، واستوفى البعض، فإنه يجوز كيف ما كان، وإن وقع الصلح على جنس آخر لم يعرض فى الدية، فإنه يجوز؛ لأنه على أى الأنواع يجعل بدلا عنه، فإنه يجوز إلا أنه إذا كان نسيئة لا يجوز؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين، وإن كان عينًا جاز -والله أعلم-.

١٩٥٢٢- قال فى "الأصل": وإذا قتل الرجل عمدًا، فجاء أخوه يطلب دمه، فأقام البينة أنه وارثه، لا وارث له غيره، وأقام القاتل البينة أن له ابنًا، وأنه قد صالح على الدية، وقبضها منه، درأت القصاص، حتى أنظر فيه، وقد مر هذا، فإن جاء الابن الغائب، وأنكر الصلح، فإن القاتل يحتاج إلى إعادة البينة على الصلح، وعلى البنوة

---

(١) هكذا فى الأصل و "ف" و "م"، وكان فى "ظ": صرفًا.

(٢) هكذا فى الأصل و "ف" و "م"، وكان فى "ظ": صرفًا.

(٣) وكان فى الأصل: "فتعين" مكان "فتعذّر".

إن أنكر الأخ بنوته، وإن أقرّ ببنوته، يحتاج إلى إقامة البينة على الصلح، إذا أنكر الابن الصلح، ولا ينتصب الأخ الحاضر خصمًا عن الابن الغائب فى حق إثبات الصلح عن الغائب.

فرق بين هذا وبين أخوين غاب أحدهما، ادعى القاتل على الأخ الحاضر أنه صالح مع أخيه الغائب على خمسة آلاف درهم، وأقام على ذلك بينة، فإن الأخ الحاضر ينتصب خصمًا عن الغائب، حتى لو حضر الأخ الغائب، وأنكر الصلح، لم يحتج القاتل إلى إعادة البينة على الغائب.

ووجه الفرق بينهما ظاهر، وهو أن فى مسألتنا هذه أقام القاتل البينة على الصلح على غير خصم؛ لأنه أقامها على أخ المقتول، وإنه ليس بخصم له فى حق الصلح؛ لأنه لم يدع على الأخ تغير حقه[1] فى القصاص وانقلابه مالا، حتى ينتصب خصمًا له فى ذلك، وإنما ادعى قصر يده عن نفسه لا غير على ما مر، وما ادعى على الأخ من قصر يده يثبت بمجرد البنوة من غير صلح، فلا ينتصب الأخ خصمًا عن الغائب فى حق الصلح، ولا حاجة للقاتل إلى ذلك، وإذا لم يكن الأخ خصمًا له فيما ادعى من الصلح على الابن صار إقامة البينة على الصلح على الأخ وعلى أجنبى آخر سواء.

فأما الأخ الحاضر انتصب خصمًا له فيما ادعى من الصلح على الغائب؛ لأنه ادعى على الحاضر تغير حصته عن القصاص وانقلابه ما لا، يصلح ادعاه على أخيه الغائب، ولا يثبت ما ادعى على الحاضر من تغير حقه فى القصاص، وانقلابه مالا إلا بعد ثبوت ما ادعى من الصلح على الغائب، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فيما ادعى على الغائب من الصلح كمن ادعى عينًا فى يد غيره أنه اشتراه عن فلان الغائب، وأنكر الذى فى يديه انتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فى إثبات الشراء فكذا هذا.

١٩٥٢٣- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": وإذا كان للدم وليان أحدهما غائب، فادعى القاتل أن الغائب قد عفا عنه، وأقام البينة على ذلك، فإنه تقبل بينته، ويثبت العفو على الغائب، لو جاء الغائب لا يكلف القاتل إعادة البينة ثانيًا، وذلك لأن القاتل ادعى على الشريك الحاضر سقوط حقه عن القصاص بعفو ادعاه على

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: بغير حقه.

الغائب، وأنكر الحاضر عفو الغائب، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فى حق سماع البينة عليه على ما ادعى من عفو الغائب، وأراد أن يستحلف الحاضر قال: يؤخر حتى يقدم الغائب هكذا ذكر وأطلق الجواب إطلاقًا.

قال مشايخنا: يريد محمد رحمه الله بقوله: يؤخر حتى يقدم الغائب تأخير استحلاف البتات، فإن الحاضر لا يستحلف على البتات؛ لأنه لو استحلف على البتات، فإنما يستحلف إما باعتبار الأصالة فى هذه الدعوى، أو باعتبار النيابة عن الغائب؛ لأن الحاضر أصيل فيما ادعى عليه القاتل من وجه من حيث إنه ادعى سبب ذلك على الغائب، وفى مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، ألا ترى أن فى حق سماع البينة اعتبر نائبًا عن الغائب، فثبت أن الشريك الحاضر أصيل فى هذه الدعوى من وجه نائب من وجه، فباعتبار الأصالة لا يجوز أن يستحلف الحاضر على البتات بطريق الأصالة بالله ما عفا الغائب عن نصيبه؛ لأن الاستحلاف على فعل الغير شرع على العلم لا على البتات، ولا يجوز أن يستحلف على البتات بحكم النيابة عن الغائب؛ لأن نيابة الحاضر عن الغائب فى الخصومة ثبت حكمًا، فيعتبر بنيابة ثبت من جهة الغائب مقصودًا بأن وكله الغائب فى الخصومة مع القاتل، ولو ثبت الإنابة قصدًا من جهة الغائب فى الخصومة بالتوكيل صلح نائبًا عنه فى حق سماع البينة دون اليمين، فكذا إذا صار نائبًا عن الحاضر حكمًا.

١٩٥٢٤- ثم إنما جرى النيابة فى حق سماع البينة ولم يجر فى حق اليمين؛ لأن القصود من البينة إثبات الحق على المدعى قبله، وهذا المقصود يحصل بالنائب، كما يحصل بالمنوب عنه، وما هو المقصود من اليمين لا يحصل بالنائب؛ لأن المقصود من اليمين أن يثبت حق المدعى بالنكول، ولا يحصل هذا المقصود متى استحلف النائب؛ لأن النائب لا يستحلف على البتات؛ لأنه يحلف على فعل الغير، وإنما يستحلف على العلم، ومتى استحلف على العلم، يحلف؛ لأنه لا يكون له بذلك علم، فلا يحصل ما هو المقصود من اليمبن، ولو استحلف الموكل على البتات، كان ينكل، فلهذا قالوا: بأن الاستحلاف لا يجرى فيه النيابة، إذا كان استحلاف المنوب عنه موهومًا، وإذا كان كذلك يؤخر الاستحلاف على البتات إلى أن يقدم الغائب.

فأما إذا أراد أن يستحلف الحاضر على العلم بالله ما يعلم أن الغائب عفا، فإنه يستحلف بحكم الأصالة لا بحكم النيابة؛ لأنه ادعى سقوط حقه، وإنه دعوى عليه، وقد أمكن استحلافه على العلم بحكم الأصالة، إن تعذر الاستحلاف على البتات بحكم الأصالة، فيستحلف على العلم كالوارث فيما يدعى على الميت.

ويجب أن يكون الجواب فيما إذا ادعى شراء عين فى يد حاضر على الغائب، ولم يكن له بينة، وطلب يمين ذى اليد أن يكون الجواب فيه على هذا التفصيل، فإن طلب الاستحلاف على البتات لم يستحلف حتى يقدم الغائب، ثم إذا قدم الغائب، فالقاضى يستحلفه، فإن نكل عن اليمين بطل حقه، وتحول نصيب الحاضر مالا؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار، وإن حلف الغائب، فالقصاص على حاله.

وإن قال: القاتل لى بينة حاضرة فى المصر على عفو الغائب، فإنه يؤجل ثلاثة أيام، ولايستوفى منه القصاص؛ لأنه لو ادعى البراءة عن الدين، وقال: لى بينة حاضرة فى المصر، فإنه يؤجل ثلاثة أيام، ولا يستوفى منه للحال، وإن كان لو استوفى الدين للحال، ووقع الغلط فى الاستيفاء، بأن ظهر أن صاحب الدين أبرأه، يمكنه التدارك، فلأن يؤجل فى القصاص، وإنه لو استوفى فى الحال، ووقع الغلط فى الاستيفاء، لا يمكن التدارك، كان أولى.

هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، وسوى بين مسألة العفو وبين مسألة الإبراء فى التأجيل ثلاثة أيام، وذكر الشيخ الإمام الأجل الزاهد أحمد الطواويسى: أن فى المال يؤخر إلى آخر المجلس، وفرق بين مسألة العفو وبين المال قال: لأن باب الدم أعظم من باب المال.

١٩٥٢٥- وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوائى: أن القاضى فى دعوى العفو يؤجله بقدر ما يرى، قال: وما ذكر فى الكتاب: أن القاضى يؤجله ثلاثة أيام ليس بتقدير لازم.

وقال بعض المشايخ: إن القدير بثلاثة أيام إنما كان؛ لأن القاضى فى ذلك الزمان كان يجلس بين[1] كل ثلاثة أيام، فإن قال بعد ما مضى ثلاثة أيام: شهودى غيب، أو قال

(١) وكان فى الأصل: "فى" مكان "بين".

من الابتداء: شهودى غيب، فالقياس أن يستوفى منه القصاص ولا يؤخره. وفى الاستحسان: لا يستوفى منه القصاص إلى أن يقع فى علم القاضى أنه لو كان له بينة لأقامها؛ لما ذكرنا أن أمر القصاص أمر عظيم لو وقع فيه الغلط والخطأ، لا يمكنه التدارك.

١٩٥٢٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": رجل قتل رجلا عمدًا، وللمقتول ثلاثة أولياء، فشهد اثنان منهم على الآخر أنه عفا، فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما، يجب أن يعلم بأن هنا مسألتان: إحداهما: إذا كان للمقتول وليان، فشهد أحدهما على صاحبه بالعفو، والثانية: إذا كان للمقتول ثلاثة أولياء شهد اثنان منهم على الآخر بالعفو.

ومحمد رحمه الله ذكر فى هذا الكتاب إحدى المسألتين: وهو ما إذا كان للمقتول ثلاثة أولياء، ولم يذكر الأخرى: وهو ما إذا كان له وليان، وإنما ذكرها فى الأصل، فنبدأ بما إذا كان له وليان، وإنه على قسمين: إما إن شهد أحدهما على صاحبه بالعفو، وصاحبه لا يشهد عليه بذلك، أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو، فإن شهد أحدهما على صاحبه بالعفو، فهو على خمسة أوجه: الأول: إذا صدق القاتل، والمشهود عليه الشاهد فى شهادته، وفى هذا الوجه العفو واقع، ويجب للشاهد فى مال القاتل نصف الدية مؤجلا فى ثلاث سنين، ولا يجب للمشهود عليه على القاتل شيء من الدية؛ لأن عفو المشهود عليه ثبت بإقراره، والثابت بإقرار صاحب الحق كالثابت معاينة، ولو عاينا عفو المشهود عليه كان العفو واقعًا، وسقط نصيب العافى من القصاص مجانًا وتحول نصيب الآخر مالا؛ لأنه قصاص بين شريكين عفا أحدهما، فكذلك إذا ثبت عفو المشهود عليه بإقراره.

وإن كذب المشهود والقاتل الشاهد فى شهادته فالعفو واقع ويسقط نصيب الشاهد من القصاص مجانًا، ويتحول نصيب المشهود عليه مالا، فيجب للمشهود عليه على القاتل نصف الدية.

أما العفو واقع وذلك لأن الشاهد لما شهد بعفو صاحبه، فقد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه، ونصيب المشهود عليه، فصح إقراره بسقوط القصاص فى نصيبه؛ لأنه مالك

لإسقاط نصيبه، وإذا سقط نصيبه بإقراره سقط نصيب العافى، كما لو عفا الشاهد عن نصيبه، ثم يسقط نصيب الشاهد مجانًا، حتى لا يجب له نصف الدية على القاتل؛ لأنه فى ذلك يدعى المال على القاتل، والدعوى على الغير لا تثبت إلا بالبينة أو بتصديق المدعى عليه، ولم توجد البينة، إما لأن شهادته بالعفو على صاحبه شهادة لنفسه بالمال، وشهادة الإنسان لنفسه لايكون شهادة على الحقيقة، أو لأنه شهادة فرد.

وكذا لم يصدقه المدعى عليه، وهو القاتل فيما ادعى عليه من المال، فلم يثبت للشاهد المال على القاتل، وسقط نصيبه عن القصاص مجانًا، وكان هذا بمنزلة ما لو قال الشاهد للقاتل: عفوتك عن نصيبى على نصف الدية، وقبلت ذلك، وأنكر القاتل، وقال: لم أقبل فإنه صح العفو، ولا يجب المال، كذا ههنا، وتحول نصيب المشهود عليه من القصاص مالا؛ لأنه لم يوجد من المشهود عليه ما يوجب سقوط القصاص فى نصيبه، لا عفو، ولا إقرار بعفو صاحبه، وإنما سقط حقه فى القصاص لإقرار الشاهد أن نصيبه من القصاص ساقط، فإذا كان سقوط حقه فى القصاص لمعنى جاء من جهة الشاهد وهو إقراره بسقوط القصاص فى نصيبه تحول مالا، كما لو عفا الشاهد.

فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين عبد بين شريكين، شهد أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه، وكذبه العبد والمشهود عليه فى شهادته، فإن للشاهد أن يستسعى العبد فى نصيبه إن شاء، فى قول أبى حنيفة رحمه الله: سواء كان المشهود عليه موسرًا أو معسرًا، فقد جعل نصيب الشاهد فى مسألة العتق مضمونًا على العبد، وإن كان نصيب الشاهد احتبس عند العبد لمعنى جاء من جهته وهو شهادته، وهنا لم يجعل نصيب الشاهد من القصاص مضمونًا على القاتل، وإن احتبس نصيب الشاهد عند القاتل بشهادته وإنما كان كذلك، وذلك لأن نصيب الشاهد من العبد مال متقوم[1]، وقد احتبس عند العبد لمعنى من جهته لا بإعتاقه، فإنه لم يقر أنه أعتق نصيبه، وما احتبس من ملك صاحب العبد عند العبد لا بإعتاقه فإنه يجوز أن يتقوم على العبد، وإن جاء الاحتباس من جهة صاحب العبد كما لو كان العبد كله له، فأعتق نصفه، كان له أن يستسعى العبد فى النصف الاخر.

---

(١) وكان فى "ظ" و "ف": منقول.

وإن احتبس النصف الآخر عند العبد لمعنى جاء من جهته، وهو إعتاقه للنصف الأول، وهنا نصيب الشاهد من القصاص ليس بمال، وقد احتبس عند القاتل لمعنى جاء من جهة الشاهد، فلا يتقوم على القاتل كما لو كان القصاص كله له، وعفا عن النصف.

وإن صدق القاتل الشاهد فى شهادته، وكذبه المشهود عليه، فإن العفو واقع؛ لما بينا، ويجب على القاتل دية كاملة نصفها للشاهد، ونصفها للمشهود عليه، أما نصف الدية للشاهد وذلك لأن الشاهد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية على القاتل لما شهد أن صاحبى قد عفا، والقاتل صدقه فيما ادعى عليه من نصف الدية، فوجب له نصف الدية على القاتل كما لو قال الشاهد: عفوتك عن نصيبى على نصف الدية وقبلت ذلك، وصدقه القاتل، يجب له نصف الدية على القاتل، ويجب للمشهود عليه نصف الدية، وذلك لأن القصاص فى نصيب المشهود عليه ما سقط من جهته، فإنه لم يوجد منه عفو، ولا إقرار بعفو صاحبه، وإنما سقط حقه لإقرار الشاهد بسقوط القصاص فى نصيبه فينقلب نصيبه مالا كما لو عفا الشاهد، فلهذا وجب فى مال القاتل دية كاملة بينهما نصفان.

وإن أكذب القاتل الشاهد فى شهادته، وصدق المشهود عليه الشاهد فى شهادته، فالعفو واقع لما بينا، وهل يجب على القاتل شىء من الدية؟ القياس أن لا يجب، وفى الاستحسان: يجب عليه للشاهد نصف الدية فى ماله، وبه أخذ علماءنا الثلاثة.

وجه القياس فى ذلك: وهو أن الشاهد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية وجب له على القاتل حكمًا لشهادته بالعفو على صاحبه فصح إقراره بسقوط القصاص، ولم يجب له نصف الدية على القاتل إذا أكذبه القاتل كما لو قال: عفوتك عن نصيبى على نصف الدية وقبلت، وقال القاتل: لم أقبل، وهناك لا يجب على القاتل شىء، فكذا هذا، وكذا لا يجب للمشهود عليه عى القاتل شىء، وإن زعم القاتل حين كذب الشاهد فى شهادته بالعفو على صاحبه إنه وجب عليه نصف الدية للمشهود عليه إلا أن المشهود عليه لما صدق الشاهد فى شهادته، وأقر أنه عفا القاتل فقد كذب القاتل، فبهذا أقر له من نصف الدية، فبرئ القاتل عن حق المشهود عليه، فلم

يجب على القاتل شيء من الدية من هذا الوجه.

وجه الاستحسان في ذلك: وهو أن القاتل لما كذب الشاهد في شهادته بالعفو على صاحبه، فقد كذبه فيما ادعى على القاتل من نصف الدية، وأقر للمشهود عليه بنصف الدية في ماله؛ لأنه زعم أن نصيب المشهود عليه، إنما سقط لمعنى جاء من جهة الشاهد لا من جهة المشهود عليه، والمشهود عليه لما صدق الشاهد في شهادته، فقد أقر بذلك الشاهد، والمقر له بالمال إذا قال للمقر: ما أقررت ليس لي، وإنما هو لفلان كان المقر به لفلان كمن أقر لزيد مائة درهم، فقال زيد: هي ليست لي، وإنما هي لعمرو صار المال لعمرو، فكذلك هنا، بخلاف ما لو كذب المشهود عليه الشاهد في شهادته، فإن ما وجب للمشهود عليه من نصف الدية لايصير للشاهد؛ لأن ثمة لم يقر بذلك للشاهد لما كذبه في شهادته.

فأما إذا لم يصدق القاتل والمشهود عليه الشاهد في شهادته، ولا كذباه في شهادته، بل سكتا، فالجواب فيه كالجواب فيما لو كذبا الشاهد؛ لأن السكوت حالة الدعوى جعل إنكارًا حكمًا، حتى سمع البينة على الساكت على ما عرفت، وقد ادعى الشاهد على القاتل نصف الدية، وقد سكت القاتل، وادعى الشاهد على المشهود عليه أنه سقط حقه عن القصاص، وقد سكت المشهود عليه، فيجعل سكوت كل واحد منهما حالة الدعوى إنكارًا حكمًا، وإذا كان السكوت من القاتل والمشهود عليه إنكارًا أو تكذيبًا للشاهد في شهادته حكمًا، كان الجواب فيه كالجواب فيما لو كذباه حقيقةً.

١٩٥٢٧- وهذا إذا شهد أحدهما على صاحبه بالعفو، ولم يشهد عليه صاحبه، فأما إذا شهد[1] كل واحد منهما على صاحبه أنه عفا عن نصيبه، فهذا على وجهين: إما إن شهدا بذلك معًا بأن خرج الشهادتان منهما معًا، أو شهدا بذلك على التعاقب، فإن شهدا معًا، فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه: إما أن يكذبهما القاتل في شهادتهما، أو يصدق أحدهما في شهادته، ويكذب الآخر، أو يصدقهما في شهادتهما، أو يسكت القاتل لا يصدقهما، ولا يكذبهما في شهادتهما.

فإن كذبهما القاتل في شهادتهما، فالعفو واقع، ولا يجب على القاتل شيء من

---

(١) وفي "ظ": أشهد.

الدية لواحد منهما، وذلك لأن كل واحد منهما قد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية، وجب له على القاتل حكمًا لشهادته على شريكه، فصح إقرارهما بسقوط القصاص؛ لأنه إقرار على أنفسهما، ولم يجب المال على القاتل؛ لأنه دعوى على القاتل، وكان هذا بمنزلة ما لو ادعى كل واحد منهما أنه عفا عن نصيبه بنصف الدية، وادعى قبوله القتل، وأنكر القاتل، ولو كان كذلك سقط القصاص بإقرارهما ولم يجب المال لإنكار القاتل، فكذلك هذا.

١٩٥٢٨- وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما بالعفو على صاحبه، ولم يشهد عليه صاحبه، وكذبه القاتل والمشهود عليه فى شهادته، فإنه يجب للمشهود عليه نصف الدية؛ لأن سقوط القصاص فى نصيب المشهود عليه ثمة ما كان من جهة المشهود عليه، فإنه لم يثبت عفوه، ولاأقر بعفو صاحبه، وهنا سقوط القصاص فى نصيبه بإقراره أن صاحبه عفا، فكان سقوط القصاص فى نصيبه من جهته، لكنه بمال ادعاه على القاتل، فسقط حقه فى القصاص لإقراره ولم يجب له المال على القاتل لإنكاره.

وإن صدق أحدهما فى شهادته، وكذب الآخر فصدق زيدًا مثلا، وكذب عمرًوا، وقع العفو، ووجب لزيد نصف الدية فى مال القاتل ولا يجب لعمرو شىء على القاتل، وذلك لأن كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية، وجب له على القاتل، فصح إقرارهما بسقوط القصاص، ولم يثبت المال على القاتل إلا بتصديقه؛ لأن القاتل صدق زيدًا فيما ادعى عليه من المال، وكذب عمرًوا، فوجب لزيد عليه نصف الدية، ولم يجب لعمرو عليه شىء، وكان كما لو ادعى كل واحد منهما أنه عفا عن نصيبه بنصف الدية، وقبله القاتل، وصدق القاتل أحدهما فى ذلك، وكذب الآخر، وهناك يجب المال للذى صدق، ولا يجب للذى كذب شىء، فكذلك هنا.

وإن صدقهما القاتل فى شهادتهما، فهذا على وجهين: إما أن صدقهما معًا بأن قال: صدقتما، أو صدق أحدهما بعد صاحبه بأن قال لزيد أولا: صدقت فى شهادتك، ثم قال بعد ذلك لعمرو: وصدقت فى شهادتك، فإن صدقهما القاتل معًا، فالقياس أن تجب لهما على القاتل دية كاملة فى ماله، بينهما نصفان.

وفى الاستحسان: لا يجب على القاتل شىء من الدية لواحد منهما.

وجه القياس وهو أن كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية وجب على القاتل، والقاتل لما قال لهما : صدقتما معًا، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من نصف الدية، فوجب لكل واحد منهما على القاتل نصف الدية، ألا ترى أنه لو صدق أحدهما، وكذب الآخر، وجب عليه نصف الدية للذى صدقه، فإذا صدقهما، يجب عليه نصف الدية لكل واحد منهما.

وللاستحسان عبارتان : إحداهما : أن القاتل متى صدقهما فى شهادتهما معًا، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من نصف الدية من وجه وكذبه من وجه، وذلك لأنه لما صدق زيدًا فى شهادته على عمرو أنه عفا، إن صدق القاتل زيدًا فيما ادعى عليه من نصف الدية، فقد كذب عمرًوا فيما ادعى عليه من نصف الدية لا محالة؛ لأنه متى كان عمرو عافيًا لا يكون له على القاتل شىء، ولما صدق عمرًوا فى شهادته بالعفو على زيد إن صدق عمرًوا فيما ادعى عليه من نصف الدية إلا أنه صار مكذِّبًا لزيد فيما ادعى عليه من نصف الدية؛ لما مر، فقد صار مصدقًا لكل واحد منهما فيما ادعى عليه من المال من وجه ومكذِّبًا له من وجه، وقد ثبت الأمران معًا فى حق كل واحد منهما قبل استقرار حكم التكذيب، والتصديق بالسكوت عليه لما قال : صدقتما معًا، فلم يثبت من القاتل واحد من الأمرين فى حق كل واحد منهما لا تكذيب، ولا تصديق، فصار كأنه سكت، ولم يصدق واحدًا منهما، ولم يكذبهما، ولو سكت ولم يصدقهما ولم يكذبهما لم يكن عليه شىء، فكذلك هنا بخلاف ما لو صدق زيدًا، ولم يصدق عمرًوا فى شهادته؛ لأنه متى لم يصدق عمرًوا فى شهادته، لم يصر مكذِّبًا لزيد بعد ما صدقه، فوجب المال لزيد، فأما متى صدقهما معًا، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من المال من وجه، وكذبه من وجه، وقد خرج الأمران معًا، فلم يثبت واحد منهما.

هذا إن اعتبرنا تصديقه وتكذيبه إياهما معًا، وإن اعتبرنا تصديقه إياهما، ولم نعتبر تكذيبهما، لا يجب المال أيضًا، وهى العبارة الثانية لوجه الاستحسان؛ لأنه صدقهما أنهما عفَوَا، ومتى عفَوَا لا يكون لهما على القاتل شىء.

ومحمد رحمه الله يشير فى الكتاب إلى هذا، فإنه قال : لما صدقهما معا فقد زعم أنهما عفَوَا بخلاف ما إذا صدق أحدهما لا غير؛ لأنه أقر بعفو أحدهما، وبعفو أحدهما

يجب عليه نصف الدية.

١٩٥٢٩- هذا إذا صدقهما معًا، فأما إذا صدقهما على التعاقب، فإنه يجب لهما دية كاملة بينهما نصفان، وذلك لأنه لما صدق زيدًا أولا فى شهادته بالعفو على عمرو، فقد صدق زيدًا فيما ادعى عليه من المال، وكذب عمرًوا، فلما صدق عمرًوا فى شهادته على زيد أنه عفا بعد ذلك، فقد صدق عمرًوا فيما ادعى عليه من المال بعد ما كذبه بتصديق زيد، وكذب زيدًا أيضًا إلا أن الإقرار لعمرو حصل بعد التكذيب، وإنه جائز، والتكذيب لزيد وجب بعد ما تقرر حكم التصديق بالسكوت عليه، فكان رجوعًا، فلم يعمل.

وأما إذا سكت القاتل لم يصدقهما، ولم يكذبهما فى شهادتهما، لم يجب على القاتل شىء؛ لأن السكوت فى الدعاوى جعل إنكارًا من حيث الحكم، فصار كأنه كذبهما فيما شهدا له.

هذا إذا شهدا معًا، فأما إذا شهد كل واحد منهما على صاحبه أنه عفا على التعاقب، فلايخلو من أربعة أوجه: إما أن يكذبهما القاتل فى شهادتهما، أو يصدق أحدهما فى شهادته، ويكذب الآخر، أو يصدقهما فى شهادتهما، أو سكت لم يصدق واحد منهما فى شهادته ولم يكذبه.

فإن كذبهما القاتل فى شهادتهما، فالعفو واقع، ووجب على القاتل نصف الدية للثانى الذى شهد آخرًا، ولم يكن للشاهد الأول على القاتل شىء من الدية، أما لا شىء للشاهد الأول؛ لأن الشاهد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية وجب على القاتل، وقد كذبه القاتل فى ذلك، فلم يكن للشاهد الأول شىء على القاتل، كان للثانى نصف الدية؛ لأن القاتل لما كذب الأول فى شهادته، فقد زعم أن للثانى نصف الدية فى ماله؛ لأن حقه فى القصاص، إنما سقط من جهة الأول، فقد حصل القاتل مقرًا للثانى بنصف الدية فى ماله، ولم يوجد من الثانى تكذيب له فى إقراره له؛ لأنه لم يوجد من الثانى إلا شهادته أن الأول قد عفا، وهذا يوجب تصديق القاتل فيما أقر له من نصف الدية لا تكذيبه، فلهذا كان للثانى نصف الدية فى مال القاتل، ولم يكن للشاهد الأول فى ماله شىء.

وإن صدق أحدهما فى شهادته، وكذب الآخر، فهذا على وجهين: إما أن يصدق الأول منهما فى شهادته ويكذب الثانى، أو يصدق الثانى ويكذب الأول، إن صدق الأول فى فى شهادته، وكذب الثانى، فعليه دية كاملة بينهما، نصفه للأول، ونصفه للثانى، أما يجب للأول نصف الدية فى مال القاتل؛ لأن الأول لما شهد بعفو صاحبه، فقد أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية، وجب له على القاتل، وقد صدقه القاتل فى ذلك، وأما يجب للثانى نصف الدية فى ماله؛ لأن بشهادة الأول وجب للثانى نصف الدية فى ماله؛ لأن القصاص فى نصيب الثانى، إنما سقط من جهة الأول لا من جهة الثانى، فيجب للثانى نصف الدية فى مال القاتل كما لو عفا، وإذا وجب على القاتل نصف الدية حكمًا بشهادة الأول، لا يبطل عنه بعد ذلك بتكذيب القاتل، وكان تكذيب القاتل لغوا فى حق الثانى.

١٩٥٣٠- هذا إن صدق الأول وكذب الثانى، فأما إذا صدق الثانى وكذب الأول فإنه يجب للثانى نصف الدية ولا يجب للأول شيء، أما يجب للثانى نصف الدية على القاتل؛ لأنه كان يجب على القاتل للثانى نصف الدية لو كذبه حكمًا بشهادة الأول؛ لأن شهادة الأول فى حق الثانى بمنزلة عفو الأول، فإذا صدقه أولى ولا يجب للأول شيء؛ لأن الأول أقر بسقوط القصاص فى نصيبه بنصف دية وجب له على القاتل، فصح إقراره بسقوط القصاص، ولم يجب على القاتل المال لتكذيبه.

فأما إذا صدقهما جميعًا، فهذا على وجهين: إما أن يصدقهما معًا، أو على التعاقب، فإن صدقهما معا، فالقياس أن يجب فى مال القاتل دية كاملة بينهما، وفى الاستحسان: يجب نصف الدية للثانى، ولا يجب شيء للأول.

وجه القياس: أن فى تصديقهما معًا تصديق الأول، وزيادة لو صدق الأول لا غير، قد ذكرنا أنه يجب على القاتل دية كامله بينهما.

وجه الاستحسان: وهو أنه لما صدق كل واحد منهما معًا، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من المال من وجه وكذبه من وجه، فلم يثبت التصديق، ولا التكذيب على ما بينا، فصار كأنه لم يصدقهما، ولم يكذبهما، ولكنه سكت.

ولو سكت القاتل، ولم يصدق ولم يكذب كان عليه نصف الدية للثانى، فكذا

هذا.

وإن صدقهما على التعاقب، ضمن دية كاملة بينهما نصفان سواء بدأ بتصديق الأول أم بتصديق الثانى، إن بدأ بتصديق الأول، فللأول نصف الدية؛ لأن الأول أقر بسقوط حقه فى القصاص بنصف دية، وجب له على القاتل، وصدقه القاتل فى ذلك، ووجب للثانى على القاتل نصف الدية حكمًا لشهادة الأول؛ لأنه يجب له ذلك، وإن كذب القاتل فإذا صدقه أولى.

وأن بدأ بتصديق الثانى فلأنه يجب للثانى نصف الدية على القاتل حكمًا لشهادة الأول لو كذبه القاتل، فإذا صدقه أولى، فصار للثانى نصف الدية، وصار بتصديق الثانى مكذبًا للأول فيما شهد على الثانى، فإذا صدق الأول بعد ذلك، فقد أقر له بنصف الدية فى ماله بعد ما كذبه بتصديق الثانى؛ لأن الإقرار من المدعى عليه بعد ما كذب المدعى صحيح، فكان عليه دية كاملة بينهما من هذا الوجه.

هذا إذا كان الدم بين اثنين، فأما إذا كان الدم بين الثلاثة وهى مسألة "الجامع الصغير" فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فهذه المسألة على أربعة أوجه: إما أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه، وفى هذا الوجه بطل نصيب العافى وانقلب نصيب الشاهدين مالا، وإن كذبهما فلا شىء للشاهدين ويصير نصيب المشهود عليه مالا، وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية، وهو نصيب المشهود عليه، ويكون ذلك للشاهدين على ما بينا، وإن صدقهما القاتل وحده غرم الدية بينهما أثلاثًا؛ لأنه لما صدقهما، فقد أقر لهما بثلثى الدية، وادعى بطلان حق المشهود عليه فى الثلث، ولم يثبت ما ادعى، فصار مالا.

وكذلك لو شهد اثنان منهم على الآخر أنه صالح على مال وأنكر المشهود عليه إن كذبهما القاتل فى شهادتهما، فلا شىء للشاهدين، وللمشهود عليه ثلث الدية، ألا ترى أنهما لو شهدا بعفو بغير بدل، وكذبهما القاتل كان على القاتل ثلث الدية للمشهود عليه فى ماله، ولم يكن للشاهد شىء، فكذا إذا شهد عليه بعفو ببدل، وإن صدقهما القاتل فى شهادتهما وأنكر المشهود عليه كان للشاهدين على القاتل ثلثا الدية كما لو شهدا على صاحبه بعفو بغير بدل، وصدقهما القاتل فى ذلك، وللمشهود عليه ثلث الدية، لا

ينقص حقه عن الثلث بشهادتهما، وذلك لأن شهادتهما قبل تصديق القاتل إياهما فى شهادتهما دعوى؛ لأنهما يشهدان لأنفسهما بمال على القاتل، وشهادة الإنسان لنفسه دعوى، والدعوى لا تصير شهادة بتصديق القاتل، واعتبر بما لو شهدا بالعفو على صاحبهما بغير بدل، وأنكر المشهود عليه، وصدقهما القاتل، وهناك لم تصر دعواهما شهادة بتصديق القاتل، حتى لا يسقط نصيب المشهود عليه من القصاص مجانًا بغير شىء، كما قبل تصديق القاتل لواحد منهم.

قال محمد رحمه الله فى تعليل هذه المسألة: لأنهما يجران لأنفسهما ثلثى الدية، فلا يصدقان.

قالوا: وما ذكر محمد رحمه الله لا يكاد يصح، وذلك لأن الواحد منهم إذا ادعى الصلح، وأنكر القاتل سقط القصاص فى نصيبه لإقراره بسقوط القصاص وانقلب نصيب الآخرين مالا قبل شهادتهما، فبشهادتهما لا يجران إلى أنفسهما ثلثى الدية؛ لأن ثلثى الدية واجب لهما قبل شهادتهما حكمًا لإقرار صاحبهما بالعفو فى نصيبه، إنما يثبتان بدل الصلح على القاتل لأخيهما بشهادتهما، وشهادة الأخ لأخيه مقبولة، فكان يجب أن يقول: بأن للشاهدين على القاتل ثلثى الدية، ولمدعى الصلح بدل الصلح على القاتل.

وقد قال: لا شىء لواحد منهم على القاتل، وإذا لم يكن ما ذكر صحيحًا، فبظاهره لابد من تأويل، فنقول: أراد بذلك أن الشاهدين شهدا على صاحبهما بالصلح، وقد أنكر الصلح، أو سكت، ثم ادعى بعد ذلك الصلح على عرض من العروض، ومتى كان كذلك، لا يجب على القاتل شىء؛ لأن الشاهدين أقرا بسقوط القصاص فى نصيبهما بثلثى دية، وجب لهما على القاتل قبل إقرار المشهود عليه بالصلح، فسقط القصاص بإقرارهما، ولم يجب المال لتكذيب القاتل إياهما، وصار القاتل مقرًا للمشهود عليه بثلث الدية فى ماله حكمًا لإقراره صاحبه بسقوط القصاص فى نصيبهما، إلا أن المشهود عليه بالصلح ادعى الصلح على عرض، فقد كذب القاتل فيما أقر له، فلم يجب على القاتل شىء لواحد منهم.

ومحمد رحمه الله لم يذكر فى الكتاب كيفية وضع المسألة نصًا، لكن بين بالتعليل

أنه أراد بوضع المسألة ما ذكرنا؛ لأنه علل، وقال: لأنهما يجران إلى أنفسهما ثلثى الدية، وإنما يكونان جارين إذا كان شهادتهما بالصلح قبل دعوى صاحبه، فأما إذا كان بعد دعوى صاحبه لا يكونان جارين إلى أنفسهما بشهادتهما ثلثى الدية؛ لأن ثلثى الدية وجب لهما قبل شهادتهما.

ومحمد رحمه الله قد بين بالتعليل كيفية وضع المسألة فى بعض المواضع من كتبه.

قال محمد رحمه الله فى ديات "الأصل": إذا شهد شاهدان من الورثة على بعضهم أنه عفا عن حصته من الدم والقتل خطأ، فشهادتهما جائزة، إذا لم يقبض الشاهدان نصيبهما من الدية.

وذكر فى كتاب الصلح والمأذون من الأصل فى الدين: إذا كان بين ثلاثة نفر، شهد اثنان على الثالث، أنه أبرأ عن نصيبه، أنه لا تقبل شهادتهما، فصار فى المسألة روايتان، واتفقت الروايات أنه إذا شهد بعض الشركاء على البعض، أنه قبض نصيبه من الدية، أنه لا تقبل شهادتهما، سواء قبض الشاهدان نصيبهما من الدين أو لم يقبضا.

وكذلك اتفقت الروايات أنهما إذا شهدا على صاحبهما بالإبراء، وقبض الشاهدان نصيبهما، إنه لا تقبل شهادتهما، وإنما اختلف الرواية فيما إذا شهد البعض على البعض أنه أبرأ عن حصته والشاهدان لم يقبضا نصيبهما من الدين.

وجه ما ذكر فى كتاب الصلح والمأذون: ظاهر أنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما مغنمًا؛ لأنهما بشهادتهما يقطعان شركة المشهود عليه فى الباقى من الدين متى قبضا، فلا تقبل شهادتهما كما لو شهدا أنه أبرأه عن نصيبه، وقد قبضا نصيبهما وقاسا[1] على ما لو شهدا على صاحبه أنه قبض نصيبه. ودليله ما لو كان المشترك بينهم قصاصًا، فشهدا على صاحبه أنه عفا لا تقبل؛ لأنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما مغنمًا؛ لأنهما يحولان نصيبهما مالا.

وجه ما ذكر فى كتاب الديات: أنهما بشهادتهما لا يثبتان لأنفسهما حق المشاركة فى شىء مما فى يد المشهود عليه؛ لأنهما زعما أنه أبرأ عن نصيبه، ولم يقبض شيئًا،

---

(١) هكذا فى "ظ" و"م"، وكان فى الأصل و"ف": قياسًا.

حتى يثبتان لأنفسهما حق المشاركة فى ذلك، ولا أبطلا[1] حق مشاركة تثبت للمشهود عليه قبلهما؛ لأنهما لم يقبضا شيئًا من الدين حتى يكون للمشهود عليه حق المشاركة فيما قبضا، ولاحوّلا نصيبهما مالا[2] بشهادتهما بعد ما لم يكن، فإن نصيبهما كان مالا، إنما منعا ثبوت حق المشاركة للمشهود عليه متى قبضا نصيبهما فى الثانى، والشاهد بشهادتهما يملك المنع، إن كان لا يملك إثبات حق لنفسه على الغير، ولا إبطال حق توجه عليه للغير بشهادته.

١٩٥٣١- هذا كما لو قال فى كتاب الوصايا: إن وصى الميت إن كان اثنان شهدا لرجل بدين على الميت، وعلى الميت دين ظاهر، ذكر أنهما إن كانا قبضا دين المشهود له ثم شهدا لا تقبل شهادتهما، وإن لم يكونا قبضا دين المشهود له قبلت شهادتهما، وذلك لأنهما متى قبضا دين المشهود له، فهما بشهادتهما يدفعان مغرمًا عن أنفسهما، فإنه يثبت لصاحبه الدين الظاهر، إن يضمنهما ما دفعا إلى من لم يكن دينه ظاهرًا، فهما بشهادتهما يبطلان ضمانًا وجب عليهما من حيث الظاهر، فكانا دافعين عن أنفسهما مغرمًا، فلم تقبل شهادتهما، وإذا لم يكونا قبضا دين المشهود له قبلت شهادتهما؛ لأنهما بشهادتهما لا يدفعان عن أنفسهما ضمانًا، وجب عليهما، وإنما يمنعان وجوب الضمان عن أنفسهما فى النصف متى قبضا إذا كان دينهما على السواء، فملكا بشهادتهما المنع، ولم يملكا الإبطال، فكذلك هذا بخلاف ما لو شهدا على صاحبه أنه قبض نصيبه، فإنه لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما مغنمًا، فإنهما يثبتان لأنفسهما المشاركة فيما قبضه المشهود عليه إن لم يكونا قبضا نصيبهما، وإن كانا قبضا نصيبهما، فقد ثبت للمشهود عليه حق أن يشاركهما فيما قبضا، فهما بشهادتهما أن صاحبهما قبض نصيبه أيضًا شهدا ببطلان حق مشاركة تثبت له فيما أيديهما، فكانا بشهادتهما دافعين عن أنفسهما مغرمًا، أو جارين إلى أنفسهما مغنمًا، فلم تقبل شهادتهما، بخلاف ما لو كان دم عمد؛ لأنهما يؤيدان أن يحولا نصيبهما مالا بعد ما لم يكن، فكانا شاهدين لأنفسهما بالمال، فلم تقبل شهادتهما، وبخلاف ما لو قبضا بنفسهما، ثم شهدابالإبراء على صاحبهما؛ لأنهما

(١) هكذا فى "ظ" و"م" و"ف"، وكان فى الأصل: إبطالا.

(٢) هكذا فى "ظ" و"م" و"ف"، وكان فى الأصل: ولا جرّا لأنفسهما مالا.

شهدا ببطلان حق مشاركة تثبت للمشهود عليه فيما قبضا من حيث الظاهر، فأما هنا بخلافه على ما ذكرنا -والله أعلم-.

١٩٥٣٢- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": رجل قطع يد إنسان ظلمًا عمدًا، فعفا المقطوعة يده عن القطع، ثم سرى إلى النفس ومات، أو شجّ إنسانًا موضحة عمدًا، فعفا المشجوعة راسه عن الشجة، ثم سرى إلى النفس ومات، يجب أن يعلم بأن هنا مسألتان: إحداهما: فى العمد، والأخرى: فى الخطأ، وكل مسألة على وجوه: إما أن يقول المقطوعة يده: عفوتك عن الجناية، أو يقول: عفوتك عن القطع، وما يحدث منه، عفوتك عن الشجة، وما يحدث منها، أو يقول: عفوتك عن القطع، عفوتك عن الشجة ولم يقل: وما يحدث منها، فإن كانت الجناية عمدًا، فقال: المقطوعة يده، أو قال: المشجوج رأسه: عفوتك عن الجناية، صحّ العفو، برئ من القطع أو الشجّة، أو مات حتى لا يجب شيء فى الحالين؛ لأن الجناية اسم عام يطلق على النفس وما دونه، فإذا قال: عفوتك عن الجناية، فكأنه قال: عفوتك عما دون النفس إن برئت، وعن النفس إن مت، ولو صرح بهذا صحت البراءة عن النفس وما دونه، كذا ههنا.

ثم تصح البراءة عن جميع المال سواء برئ أو مات، أما إذا برئ فلأن هذا، وإن كان تبرعًا إلا أنه تبرع فى حالة الصحة، وإن مات من ذلك، فلانه لا يخلو إما أن لحالة العفو حكم الصحة بأن لا يكون الغائب من مثل هذه الشجة، أو من مثل هذا القطع الهلاك على قول من يعتبر خوف الهلاك على طريق الغلبة فى هذا الكتاب، أو كان يذهب المجروح فى حوائجه، ويجيء على قول من يعتبر كون المريض صاحب الفراش فى هذا الباب؛ لأن هذا تبرع فى حالة الصحة، وإما أن يكون لحالة العفو حكم المرض بأن كان خوف الهلاك غالبًا، أو كان المجروح صاحب فراش، فلأن هذا تبرع بالقصاص، والقصاص ليس بمال، وتبرع المريض بما ليس بمال يعتبر من جميع المال؛ لأن حق الورثة لا يتعلق بما ليس بمال، والحاجز عن التبرع فى حق المريض تعلق حق الورثة.

وإن قال المقطوعة يده أو المشجوج رأسه: عفوتك عن القطع، وما يحدث منه،

عفوتك عن الشجة، وما يحدث منها، فالجواب فيه كاجواب فيما لو عفاه عن الجناية، وذلك لأن ما يحدث منه يطلق على النفس وعلى دونه؛ لأن كلا الأمرين حدث من القطع، ألا ترى أن من أقر فقال: لا قطع لى قبل فلان، ولا ما يحدث منه، ثم ادعى على المقر له قبل هذه البراءة نفسًا أو ما دون النفس، فإنه لا تسمع دعواه، وإذا تناول النفس وما دونه، صار تقدير هذا العفو كأنه قال: عفوتك عن القطع إن برئت، وعن الشجة إن مت.

وأما إذا قال: عفوتك عن القطع ولم يقل: وما يحدث من القطع، أو قال: عفوتك عن الشجّة، ولم يقل: وما يحدث منها، إن برئ عن القطع، صح العفو عندهم جميعًا؛ لأنه عفاه عن القطع، وقد ظهر أن القطع حقه لما برئ، فصح العفو عندهم جميعًا، فأما إذا مات من ذلك قال أبو حنيفة رحمه الله: بأن العفو باطل، والقياس أن يجب على المعفو عنه القصاص إلا أنى أستحسن وأوجب الدية فى ماله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بأن العفو جائز، ولا شىء على المعفو عنه لا القصاص ولا الدية.

وجه قولهما: إنه عفاه عن حقه فيصح العفو قياسًا على ما لو قال: عفوتك عن القطع، وما يحدث منه، أو عفوتك عن الجناية، وإما قلنا: عفاه عن حقه؛ لأنه عفاه عن القطع، والعفو عن القطع عفو منه، وما يحدث منه، ألا ترى أن الإذن بالقطع جعل إذنًا بالقطع، وما يحدث منه، حتى إن من قال لآخر: اقطع يدى فقطعه، ثم سرى إلى النفس لم يضمن القاطع شيئًا، فإذا جعل الإذن بالقطع إذنًا به، وما يحدث منه، فكذلك العفو عن القطع يجعل عفوًا عن القطع وما يحدث منه؛ لأن العفو إذن فى الانتهاء، فيعتبر بالإذن فى الابتداء، وإذا صار العفو عن القطع عفوًا عنه، وعما يحدث منه صار كأنه قال: عفوتك عن القطع وما يحدث منه، ولو صرح بهذا لم يكن على القاطع شىء سواء برئ المقطوعة يده، أو مات، فكذا هذا.

والدليل على أن العفو عن القطع جعل عفوًا عما يحدث منه أنه لا يجب القصاص على القاتل، ولو جعل عفوًا عن القطع لا غير لكان يجب القصاص؛ لأنه ظهر أنه عفا عما ليس بحق له، فيكون وجوده وعدمه بمنزلة، وحين لم يجب القصاص دل أن العفو

عن القطع عفو عنه وعما يحدث منه، وهذا لأن القطع نوعان: ما يحدث منه تلف النفس، وما لا يحدث، فمطلق العفو عن القطع ينصرف إلى النوعين جميعًا، كما انصرف مطلق الإذن بالقطع إلى النوعين.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إنه عفا عما ليس بحق له، فلا يصح العفو قياسًا على ما لو عفا عن الرجل، وقد قطع يده، وقياسًا على ما لو قال: أعفوك عن القطع ولا أعفوك عما يحدث منه.

وإنما قلنا: إنه عفا عما ليس بحق له، وذلك لأنه عفا عن القطع، والعفو عن القطع لايكون عفوًا عنه وعما يحدث منه، ألا ترى أن الإبراء عن القطع لم يجعل إبراء عما يحدث منه، فإن من أقر، فقال: لا قطع لى قبل فلان، ولم يقل: وما يحدث منه، ثم إن المقر ادعى على المقر له قبل هذا البراءة، فلا يسمع دعواه، فإذا لم يجعلوا الإبراء عن مطلق القطع إبراءً عنه، وعما يحدث منه، فكذا العفو المطلق عن القطع لا يكون عفوًا عن القطع، وما يحدث منه، بل يكون عفوًا عن القطع لا غير، وقد ظهر أن القطع ليس بحق له لما مات، بل حقه القتل، ولم يعفُ عن القتل، وهذا لما عرف أن القطع متى سرى إلى النفس، صار قتلا من الابتداء، وسقط اعتبار القتل حتى وجب القصاص، إذا قطع الرجل يد المرأة، والمرأة يد الرجل، ولو بقى القطع، وجعلت للزيادة حادثة منه لكان لا يجب القصاص؛ لأن أصل القطع لم يكن موجبًا للقصاص، وإذا صار قتلا من الابتداء، فكان القاطع جز رقبته من الابتداء، ولو جزّ رقبته من الابتداء، كان حقه فى القتل لا فى القطع، فكذلك هذا بخلاف ما لو قال: عفوتك عن الجناية؛ لأن العفو عن الجناية عفو عن القطع، وعما يحدث منه على ما مر، وإذا كان كذلك فمتى برئ ومات، فقد ظهر أنه عفاه عن حقه، فأما العفو عن القطع لايكون عفوًا عما يحدث منه، فمتى مات فقد ظهر أنه عفا عما ليس بحق له، والدليل على أن العفو عن القطع لا يكون عفوًا عما يحدث منه أن الشهادة بالقطع لم تجعل شهادة بما يحدث منه، فإن من ادعى على آخر أنه قطع يد ولده خطأ، ومات من ذلك، وأنكر المدعى قتله، فأقام على ذلك شاهدين، فيشهد أحدهما أنه قطع يده ومات، وشهد الآخر أنه قطع يده، فإنه يقضى عليه بأرش اليد، ولم تجعل الشهاده بمطلق القطع شهادة به، وبما يحدث منه، فكذا هذا.

فإن قيل: هذه المسألة كما يلزمنا يلزمكم، فإن القطع بالسراية لو كان يصير قتلا من الابتداء، لكان لا يقضى بأرش اليد كما لو شهد أحدهم بالقتل، والآخر بقطع اليد، إلا أن الجواب عنه أن القطع إنما يصير قتلا من الابتداء بالسراية، والسراية لم تثبت بشهادة أحدهما، وقد اتفقا على القطع والمدعى ادعى القطع[1]، فوجب القضاء بأرش اليد على أن من مشايخنا من قال على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا تقبل الشهادة كما لو شهد أحدهما بالقطع، والآخر بالقتل.

فأما الجواب عن قولهما: بأن العفو عن مطلق القطع عفو منه، وعما يحدث منه، بل جعل إبراء، قلنا: هذا يشكل بمسألة الإبراء، ثم يجعل الإبراء عن مطلق القطع إبراء عما يحدث منه، بل جعل إبراء عن القطع لا غير.

فأما على قولهما: بأن الإذن بمطلق القطع جعل إذنًا بالقطع، وما يحدث عنه بدليل أنه إذا قطع، وسرى إلى النفس، فإن القاطع لا يضمن، قلنا: سقوط الضمان عن القاطع ما كان من حيث إن الإذن بمطلق القطع جعل إذنًا بما يحدث منه، بل جعل إذنًا بالقطع لا غير إلا أنه إذا قطع يده، وامتثل أمره فى القطع انتقل القطع إليه، فصار من حيث الحكم كأنه قطع يد نفسه، ولو قطع يد نفسه حقيقة ومات لم يكن على أحد ضمان، فكذا هذا، والدليل على أنه بهذا الطريق انتفى الضمان أنه لو جعل هذا إذنًا بما يحدث منه لكان إذنًا بالقتل، فكان يجب الدية على القاطع إذا مات كما لو قال: اقتلنى، فقتله، فأما فى مسألتنا بالعفو عن القطع لا يصير القطع السابق منقولا إلى المقطوعة يده؛ لأن العفو عن[2] القطع لإسقاط موجب القطع لا لنقل الفعل إلى العافى؛ لأن الفعل كان تعذر على القاطع، وإذا كان العفو لإسقاط موجب القطع، وقد ظهر أن ما أسقط ليس بحق له كان العفو باطلا.

وأما قولهما: بأنه لا يجب القصاص قلنا: القياس أن يجب القصاص لما لم يصح العفو بالقطع إلا أنه استحسن، وقال: لا يجب بالقطع؛ لأن العفو إن بطل من حيث المعنى؛ لأن القطع صار قتلا معنى إلا أنه بقى صورة القطع، فكان العفو معتبرًا من حيث

---

(١) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل: القتل.

(٢) ما بين القوسين زيد من "ظ".

الصورة إلا أن الصورة المسقط كان فى درء ما يدرأ بالشبهات، ألا ترى أن المقيم إذا سافر بعد طلوع الفجر فى شهر رمضان، ثم أفطر، فلا كفارة عليه، وإن كان هذا السفر لا يبيح له الإفطار لقيام صورة السفر، فكذلك هذا.

١٩٥٣٣- هذا الذى ذكرنا إذا كانت الجناية عمدًا، فأما إذا كانت الجناية خطأ إن عفا عن الجناية وعن القطع، وما يحدث منه صح العفو، وسواء برئ، أو مات إلا أنه عفا فى حال له حكم الصحة، بأن كان يخرج ويجيء، ويذهب بعد الجناية على قول بعض المشايخ، فإنه يعتبر من جميع المال؛ لأن هذا تبرع مفيد حصل من الصحيح، فيعتبر من جميع المال.

وذكر فى "المنتقى" فى هذه الصورة: أنه بهذه يعتبر العفو من ثلث المال؛ لأن هذا بمنزلة قوله: إن مت منها، فقد عفوتك، وإن عفا فى حال يثبت له حكم المرض، بأن صار صاحب فراش، فإن مات من ذلك، فإنه يصح من الثلث؛ لأنه تبرع من المال، فإن الواجب بالخطأ دية، والدية مال، وتبرع المريض بالمال فى مرض موته يصح من ثلث المال.

وإن عفا عن القطع إن اقتصر[1] على القطع، بأن برئ صح العفو بلا خلاف من جميع المال، فإن صار نفسًا، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: العفو باطل، وكان على عاقلة القاتل الدية، وعندهما: العفو جائز كما لو عفا عن القطع، وعما يحدث منه إلا أنه إذا عفا فى حال ماله حكم الصحة، بأن كان يذهب ويجيء، يصح من جميع المال، وعلى قياس رواية "المنتقى": يعتبر من ثلث المال.

وإن عفا فى حال ما له حكم المرض، بأن صار صاحب فراش يعتبر من ثلث، ويكون ذلك وصية للعاقلة، ولم يوجد منهم القتل، فيمكن تصحيح هذا الإبراء بقدر الثلث بطريق الوصية للعاقلة.

وهذا الجواب لا يشكل على قول من قال من مشايخنا: إن الدية فى قتل الخطأ تجب على العاقلة ابتداء، فأما على قول من قال من مشايخنا: إن الدية[2] تجب على

(١) وفى "ظ": "اقتص" مكان "اقتصره".

(٢) زيد من "ظ" و"ف" و"م".

القاتل، ثم تحتمل العاقلة عن القاتل، ففيه نوع إشكال، فإنه يصير وصية للقاتل والوصية لا تصح، لكن الجواب أنهم يحتملون الدية عن القاتل[1] بطريق الحوالة على وجه يبرأ القاتل أصلا، فيصير وصية لهم دون القاتل.

وكذا لا يشكل هذا على قول من قال من مشايخنا: إن القاتل ليس من العواقل، فأما من جعل القاتل واحدًا من العاقلة، فقد قال: يبطل حصته[2] من الوصية؛ لأنها وقعت للقاتل، والصواب أنها صحيحة، وإن حصلت للقاتل؛ لأنها لو لم يصح فى الابتداء يلزمنا أن نقول: بصحتها فى الانتهاء؛ لأنا إذا أبطلنا ذلك رجعنا إلى العاقلة، فيسقط فى الانتهاء؛ لأن من أوصى لمن يصح له الوصية، ولمن يصح له الوصية، صارت له الوصية، كما أوصى بثلث ماله لحىّ وميت، كان جميع الثلث للحىّ، ههنا لو لم يصح الوصية بحصة القاتل فى الابتداء، يعود إلى العاقلة فى الانتهاء، فصححنا فى الابتداء.

ثم إن محمدًا بنى على هذه المسألة مسألة التزوج، فقال: امرأة قطعت يد رجل، فتزوجها الرجل على ذلك، فهنا مسألتان: إما إن كان القطع عمدًا أو خطأ، كل مسألة على ثلاثة أوجه: إما إن تزوجها على القطع، أو على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية، وقد برئ من ذلك أو مات.

فإن كان القطع عمدًا، وقد تزوجها على القطع، فإن برئ من ذلك، صحت التسمية، وصار أرش يده مهرًا لها عندهم جميعًا، وذلك لأنه لما برئ من القطع كان القطع حقًا له، فقد تزوجها بما هو حق له، والتزوج على القطع، تزوج على موجب القطع كما أن العفو عن القطع، يكون عفوًا عن موجبه، ولو تزوجها على موجب القطع جاز؛ لأن موجب القطع هنا المال، وذلك خمسة آلاف درهم؛ لأن القصاص لا يجرى بين النساء والرجال فى الأطراف، فصار متزوجًا لها على خمسة آلاف هى دين للزوج قبلها، فصحت التسمية، وصار ذلك مهرًا لها، فإن طلقها قبل الدخول بها، يسلم لها من ذلك ألفان وخمس مائة، ورد على الزوج ألفان وخمس مائة؛ لأنه تزوجها فى

---

(١) وفى "م": على القاتل.

(٢) وكان فى الأصل: حقه.

الحاصل على خمسة آلاف، فإن طلقها قبل الدخول بها، يسلم لها[١] نصف ذلك، ويلزمها أن ترد النصف على الزوج.

١٩٥٣٤- وهذا إذا برئ من القطع، وإن مات من ذلك، فالتسمية باطلة عندهم جميعًا بعلتين مختلفتين، ولها مهر مثلها، أما عند أبى حنيفة رحمه الله: فلأنه تزوجها على القطع، والتزوج على القطع لا يكون تزوجًا على القطع وما يحدث منه، كما أن العفو عن القطع لايكون عفوًا عن القطع وعما يحدث منه، على قوله: وإذا حصل متزوجًا لها على القطع لاغير عند أبى حنيفة رحمه الله، وقد ظهر أن القطع لم يكن حقًا له لما مات، وإنما حقه القتل، فما هو حقه لم يتزوجها عليه، وما تزوجها عليه لم يكن حقًا له، فلم تصح التسمية عنده من هذا الوجه.

فإن قيل: يجب أن تصح التسمية، ويكون خمسة آلاف مهرًا لها؛ لأن التزوج على القطع تزوج على موجب القطع، وموجب القطع خمسة آلاف، فصار الزوج متزوجًا لها على خمسة آلاف على تقدير أن له عليها ذلك، وقد ظهر أنه لم يكن، فيجب أن يجعل مهرها خمسة آلاف كما تزوجها على خمسة آلاف يظنان أن ذلك له عليها، ثم تصادقا أنه لم يكن لها عليها شيء من ذلك، وهناك صار متزوجًا لها على خمسة آلاف درهم، فكذلك هذا.

الجواب عنه أن هذا هكذا أن لو قال: تزوجتك على خمسة آلاف لى عليك، وهما يظنان ذلك، وقد ظهر أنه لم يكن، وهنا لم يقل: تزوجتك على خمسة آلاف، وإنما كان تزوجتك على القطع، وذكر القطع لم يصح؛ لأنه ظهر أن القطع لم يكن حقًا له، وإذا لم يصح[٢] ذكر القطع لم يثبت ما فى ضمنه وهو خمسة آلاف.

وعند أبى يوسف ومحمد: التزوج على القطع تزوج على القطع وما يحدث منه، كما أن العفو عن القطع وعما يحدث منه، فإذا مات صار متزوجًا لها على القصاص، والقصاص ليس بمال، فلا يصلح مهرًا، كما لو تزوجها على طلاق ضرّتها، أو عتق أبيها، وإذا بطلت التسمية عندهم جميعًا لعلتين مختلفتين كان لها مهر مثلها؛ إذ دخل

---

(١) زيد من "ظ" و"م" و"ف".

(٢) زيد من بقية النسخ.

بها، أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول، فلها المتعة.

ثم القياس أن يجب عليها القصاص فى قول أبى حنيفة، وفى الاستحسان: لا يجب القصاص، وإنما تجب الدية فى مالها؛ لأن التزوج على القطع عفو ببدله، فيعتبر بالعفو بغير بدل، ولو عفا عن القطع بغير بدل، ثم مات، فالقياس أن يجب القصاص عند أبى حنيفة رحمه الله، وفى الاستحسان: يجب الدية فى مالها.

وعلى قولهما: صح العفو، ولم يكن عليها لا قصاص، ولا دية، فكذلك هذا.

هذا إذا تزوجها على القطع، فأما إذا تزوجها على الجناية، أو على القطع وما يحدث منهما إن برئ من ذلك، صار أرش يده مهرًا لها عندهم جميعًا؛ لما مر ويسلم لها ذلك وإن كان أكثر من مهر مثلها؛ لأن التبرع بالزيادة على مهر المثل حصل فى حالة الصحة، فإن مات من ذلك بطلت التسمية، وكان لها مهر مثلها، وسقط القصاص مجانًا بغير شىء، أما التسمية باطلة لأن التزوج على الجناية والقطع وما يحدث منها، يكون تزوجًا على القتل متى مات منها، فالتزوج على القتل تزوج على موجبه، وموجب قتل العمد القصاص، والقصاص لايصلح مهرًا، فبطلت التسمية ووقع العفو مجانًا؛ لأنه عفا عن القصاص ببدل ليس بمال وهو البضع، فيقع العفو مجانًا بنفس القبول، كما لو عفا عن القصاص على ميتة أو دم، ولا ميراث لها من تزوجها؛ لأنها قاتلة، وعليها عدة المتوفى عنها زوجها من نكاح صحيح.

١٩٥٣٥- هذا إذا كانت الجناية عمدًا، فأما إذا كانت الجناية خطأ، وقد تزوجها على القطع إن برئ من ذلك صار أرش يده مهرًا لها؛ لما مر، فإن دخل بها أو مات عنها سلم لها جميع ذلك وسقط عن العاقلة؛ لأن العاقلة لو عقلت بعد هذا تعقل بها[1]، والعاقلة لا تعقل للجانى، وإنما تعقل عنها لغيره، فإن طلقها قبل الدخول يسلم لها نصف ذلك، وذلك ألفان وخمس مائة، وتؤدى العاقلة ألفين وخمسمائة إلى زوجها؛ لأن العاقلة لو عقلت هذا النصف، فإنما تعقل عنها للزوج، وهذا جائز.

فأما إذا مات من ذلك بطلت التسمية فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وكان لها مهر مثلها، وعلى عاقلتها دية الزوج، وإنما بطلت التسمية فى قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لما

(١) وكان فى الأصل: "لها" مكان "بها".

مر في قتل العمد، وعندهما تصح التسمية وتصير دية الزوج مهراً لها؛ لأن التزوج على القطع عندهما تزوج على القطع وما يحدث منه كما أن العفو عن القطع عفو عنه وعما يحدث منه، ولو تزوجها على القطع وما يحدث منه، والجناية خطأ صار دية الزوج مهراً لها عند الكل، فكذلك هذا.

فأما إن تزوجها على القطع وما يحدث منه، أو عن الجناية إن برئ من ذلك صار أرش يده مهراً لها، ويسقط ذلك عن عاقلتها، وإن مات من ذلك، فإن الدية تصير مهراً لها؛ لأنه لو تزوجها على الجناية، أو على القطع وما يحدث منه، فقد تزوجها على القتل، والتزوج على القتل تزوج على موجب القتل، فصار متزوجًا لها على الدية، والدية تصلح مهراً، وإذا صارت الدية مهراً لها تسقط عن العاقلة، ثم ينظر إلى مهر مثلها وإلى الدية، فإن كان مهر مثلها مثل الدية لا شك أن الكل يسلم لها، سواء تزوجها بعد القطع في حال ما يجيء ويذهب، وبعد ما صار صاحب فراش؛ لأن الزوج لم يصر متبرعًا عليها بشيء من الدية لما كان مهر مثلها مثل الدية، وإن كان مهر مثلها أقل من الدية إن تزوجها في حال ما يجيء ويذهب، فالكل يسلم، وإن جعل متبرعًا بالزيادة على مهر مثلها؛ لأنه تبرع بها حالة الصحة، وإذا تزوجها في حال ما صار صاحب فراش، فإنه ينظر إن كانت الزيادة على مهر مثلها إلى تمام الدية يخرج من ثلث مال الزوج، فإنه يبرأ العاقلة عن ذلك، وتعتبر الزيادة على مهر مثلها وصية للعاقلة وإن كان لا تخرج الزيادة على مهر مثلها إلى تمام الدية من ثلث ماله[1]، فبقدر ما يخرج من الثلث، يسقط عن العاقلة، ويصير ذلك وصية لهم؛ لأنهم ليسوا بقتلة، وهم يحتملون الدية عنها، فتكون الوصية لها من حيث المعنى وصية للعاقلة، فسقط عن العاقلة مهر مثلها، وما يخرج من ثلث مال من الزيادة على مهر المثل إلى تمام الدية ويردون الباقي إلى ورثة الزوج.

هذا إذا لم يطلقها الزوج قبل موته حتى مات، فأما إذا طلقها قبل موته قبل الدخول بها، سلم لها من ذلك خمسة آلاف، إن كان خمسة آلاف مهر مثلها، وتسقط عن العاقلة، وإن كان مهر مثلها أقل من خمسة آلاف، إن كانت الزيادة على مهر مثلها

(١) زيد من بقية النسخ.

إلى تمام خمسة آلاف، تخرج من ثلث ماله، فكذا تسقط عن العاقلة خمسة آلاف، وإن كان لا يخرج، فبقدر ما يخرج من الثلث ومقدار مهر مثلها يسقط عن العاقلة، ويردون الباقى إلى ورثة الزوج، وكذلك إن تزوجها على الجناية، فالجواب فيه من أوله إلى آخره كالجواب فيما إذا تزوجها على القطع وما يحدث منه.

إسماعيل بن حماد عن أبى يوسف: فى رجل قتل عمدًا وله وليان، فصالح أحد الوليين القاتل عن جميع الدم على خمسين ألفًا، قال: للذى صالح خمسة وعشرين ألفًا، وللآخر خمسة آلاف.

ابن سماعة عن محمد: رجل شج رجلا موضحتين، ثم عفا المشجوج عن إحدى الشجتين، وما يحدث منهما، ثم مات منهما، قال: إذا كان ذلك بإقرار من الشاج، فعليه الدية فى ماله، ولا يجوز له العفو؛ لأنه وصية، ولا وصية للقاتل، وإذا كان ذلك منه، فهو وصية للعاقلة فيجوز، ويرفع عنهم نصف الدية إن كان يخرج ذلك من الثلث، وإن كانت الشجتان عمدًا والمسألة بحالهم، فلا شىء على الجانى؛ لأن العفو عن أحدهما عفو عنهما كأنه عفا عن نصف النفس.

١٩٥٣٦- رجل شج رجلا موضحة عمدًا، فعفا له عنها، وما يحدث منها، ثم شجه أخرى عمدًا، فلم يعفُ عنها، فعلى الجانى الدية كاملة فى ثلاث سنين، إذا مات منهما جميعًا من قبل أنه وجب بالجناية الثانية نصف الدية، ولا قصاص عليه فيها من قبل أنه قد عفا عن الأول، فلما بطل عنه القصاص، وصارت الثانية مالا صارت الأولى أيضًا مالا، ولم يجز العفو؛ لأنه لا وصية له.

وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف فى مثل هذه الصورة: أن على الجانى نصف الدية.

١٩٥٣٧- رجل قتل رجلا عمدًا، وقضى لوليه[1] بالقصاص على القاتل، فأمر الولى رجلا بقتله، ثم إنه طلب من الولى أن يعفو عن القاتل، فعفا عنه، فقتل المأمور وهو لا يعلم بالعفو، قال: عليه الدية، ويرجع بذلك على الآمر؛ لأن الآمر غارٌ.

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: للولى.

١٩٥٣٨- امرأة قتلت رجلا خطأ، فتزوجها ولى المقتول على الدية التى وجبت على العاقلة، فذلك جائز، والعاقلة برئت، فإن طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية.

١٩٥٣٩- رجل شج رجلا موضحة عمدًا، فصالحه المشجوج من الموضحة، وما يحدث منها على مال مسمى، وقبضه، ثم شجه رجل آخر موضحة عمدًا، ومات من الموضحتين، فعلى الآخر القصاص، ولا شيء على الأول، وكذلك لو كان الصلح مع الأول بعد ما شجه الأول، قال أبو الفضل: قد استحسن فى موضع آخر من هذا الكتاب إزالة القصاص عن الآخر، إذا كان شجته بعد ما صلح الأول.

١٩٥٤٠- رجل شج رجلا موضحة عمدًا، وصالحه منها وما يحدث منها على عشرة آلاف درهم، وقبضها، ثم شجه آخر خطأ، ومات منهما، فعلى الثانى خمسة آلاف درهم على عاقلته، ويرجع الأول فى مال المقتول بخمسة آلاف درهم، وإن كانت الشجتان عمدًا، جاز إعطاء الأول، وقتل الآخر.

١٩٥٤١- ابن سماعة عن محمد: فى رجل جرحه رجلان جراحة عمدًا، فعفا عن أحدهما، ثم مات من الجنايتين، قال: للورثة أن يقتل الآخر؛ لأن دماءهما كان حلالا للمجروح ساعة عفا، ألا ترى أنه لو قتلهما لم أعرض له حتى أنظر ما يصير إليه حاله، ألا ترى أن ولى المجروح لو قتلهما، لم أقتله بهما حتى أنظر ما يصير إليه حاله، ولو كنت إنما أوجب الدم للمجروح بعد موته؛ لأن عفوة الساعة باطلا، ولكن لو جرحه رجل جراحة عمدًا وعفا عنه، ثم جرح آخر جراحة عمدًا، فلم يعفُ عنه حتى مات منهما، فلا قود عن العافى -والله أعلم-.

١٩٥٤٢- سئل ابن سماعة: عن جماعة كانوا يرمون على كلب عقور، فأخطأ واحد منهم، فأصاب صغيرة، فماتت وعرف أن هذه سهم فلان، ولكن لم يشهد أحد أنه رماه فلان، فصالح الأب صاحب السهم على كرمه، ثم طلب المصالح رد الصلح، قال: إن كان يعلم أن المصالح هو الذى جرحها، فالصلح ماضٍ، وإن لم يعلم غير معرفة السهم، فالصلح باطل؛ لأنهما لما تصالحا بعد الشهادة، فكأنهما تصالحا عما هو ثابت بالشهادة، ولم يثبت بهذا الشهادة شيء، فإن علم أن الجارح صاحب السهم،

ولكن لما استقبل الصغيرة إياها لطمها أبوها، فسقطت وماتت، ولا يدرى أنها ماتت من اللطمة، أو من الرمى ما حال الصلح؟ فقال: إن كان صلح الأب بإذن سائر الورثة، فالصلح جائز، والبدل لسائر الورثة، ولا ميراث للأب، وإن كان الصلح بغير إذنهم، فالصلح باطل، وهذا لأنه لا حق للأب فى موجب الجناية حينئذٍ حيث حرم من الميراث، فيعتبر إذن الورثة كما فى صلح الأجنبى.

١٩٥٤٣- وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمدًا عن من قلع سن صبى، أو حلق رأس امرأة، فصالح الجانى أبا الصبى أو المرأة على دراهم، ثم نبت الشعر أو السن، فأخبرنى أن أبا حنيفة رحمه الله قال: يرد الدراهم، قال: وكذلك قول محمد إلا أن محمدًا يقول: يمسك منها مقدار ما داوى به السن، قلت: وكذلك إن كان هذا كسر يده، فصالحه منها، ثم جبرت وصحت حتى لم يرد منها شيئًا، قال: نعم قلت، فإن زعم صاحب اليد أن يده قد ضعفت، وليست كما كانت قال: آمر من ينظر إليها، فإنه لا يكاد يخفى -والله أعلم-.

الفصل الحادى والعشرون
فى دعوى الولى العمد أو الخطأوتصديق المدعى عليه إياه فى ذلك أوتكذيبه
ويدخل فيه اختلاف الشاهدين

١٩٥٤٤ - الأصل إن تعذر استيفاء القصاص بعد ظهور القتل إذا كان لمعنى من جهة المولى لاتجب الدية، وإذا كان لمعنى من جهة القاتل تجب الدية استحسانًا، وهذا لأن القياس يأبى وجوب الدية بمقابلة الآدمى لانعدام المماثلة بين المال والآدمى، وإنما عرفنا وجوب الدية فى فصل الخطأ، والخطأ معنى فى القاتل، ففى كل موضع تعذر استيفاء القصاص لمعنى فى القاتل كان فى معنى المنصوص فيلحق به، وفى كل موضع تعذر استيفاء القصاص لا لمعنى فى القاتل لم يكن فى معنى المنصوص فيرد إلى ما يقتضيه القياس، جئنا إلى بيان الأصل، فنقول: إذا ادعى الولى الخطأ، وأقر القاتل بالعمد لا تجب الدية، وإذا ادعى الولى العمد، وأقر القاتل بالخطأ تجب الدية استحسانًا، وإنه يخرج إلى الأصل الذى قلنا.

فرع على ما إذا ادعى الولى الخطأ، فأقر القاتل بالعمد فقال: لو صدق الولى بعد ذلك القاتل، وقال: إنك قتلته عمدًا، فله الدية على القاتل. وعن أبى يوسف فى "النوادر": إذا ادعى الولى الخطأ، وأقر القاتل بالعمد، فعلى القاتل الدية. وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف: إذا ادعى الولى بخلاف ما أقر به القاتل، فقد أبرأ القاتل المدعى عليه عما أقر به له.

١٩٥٤٥ - قال محمد فى "الزيادات": رجل ادعى على رجلين أنهما قتلا وليه عمدًا بحديدة وله عليهما القصاص فقال: أحدهما صدقت، وقال الآخر: ضربته أنا بالعصا خطأ، فإنه يقضى لولى القتيل عليهما بالدية فى مالهما فى ثلاث سنين.

وهذا الذى ذكره هنا استحسان، والقياس أن لا يقضى عليهما بشىء، ذكر القياس والاستحسان فى ديات "الأصل".

وجه القياس: أن ما ادعاه الولى من القصاص لم يقض به بالإجماع، فلأن لا يقضى بما لم يدع وهو المال كان أولى، وجه الاستحسان: ما ذكرنا أن تعذر استيفاء القصاص إذا كان لمعنى من جهة القاتل تجب الدية، وهنا تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة القاتل؛ لأن الفعل وقع مشتركا فى محل واحد باتفاق الكل، فدعوى أحدهما الخطأ كدعواهما، فهو معنى قولنا: تعذر استيفاء القصاص هنا لمعنى من جهة القاتل، فلهذا وجب الدية، ووجبت فى مالهما؛ لأنها وجبت بالاعتراف، وما يجب بالاعتراف لا تتحمله العاقلة على ما عرف، ووجبت فى ثلاث سنين؛ لأنها بدل الدم، وبدل الدم لا تستوفى إلا فى ثلاث سنين على ما عرف.

ولو ادعى الولى الخطأ فى هذه الصورة، وأقر بالعمد لا يقضى بشىء إلا أن تعذر استيفاء القصاص هنا لمعنى من جهة الولى، وهو دعواه الخطأ، وقد ذكرنا أن تعذر استيفاء القصاص، إذا كان لمعنى من جهة الولى لا يجب المال، بخلاف الفصل الأول على ما ذكرنا.

توضيح الفرق بين الفصلين: أن العمد قد يؤول مالا، فإن الولى إذا صالح القاتل عن القصاص على مال يجوز، ويجب المال، وأما الخطأ: فلا يؤول قصاصا بوجه من الوجوه، فأما إذا ادعى الولى العمد، وأقر بالخطأ يمكنه أن يرجع إلى تصديقهما، فيقول: حقى فى القصاص، ولكن تعذر الاستيفاء لإنكارهما، فأرجع إلى تصديقهما، وآخذ المال إذ يجوز أن ينقلب القصاص مالا، وأما إذا ادعى الولى الخطأ، وأقر بالعمد لا يمكنه أن يرجع إلى تصديقهما؛ لأن الخطأ لا ينقلب قصاصًا، ولا يمكنه استيفاء ما ادعى لإنكارهما ذلك، فلايجب بشىء.

فلو ادعى الولى الخطأ فى هذه الصورة، وأقر بالخطأ كما ادعى تجب الدية، وفى هذا الفصل نوع إشكال، فإنه كما تعذر استيفاء القصاص هنا لمعنى من جهة القاتل تعذر لمعنى من جهة الولى وهو دعواه الخطأ، ألا ترى أنه لو ادعى الخطأ، وأقر بالعمد لم يكن له استيفاء القصاص، ومع هذا أحاله محمد رحمه الله على القاتل حتى حكم بوجوب الدية، والجواب أن يقال: إحالته على القاتل أولى؛ لأن الحكم أبدًا يحال على السبب الموجب لا على ما ليس بموجب، والإقرار من القاتل موجب، أما الدعوى من المدعى

ليس بواجب، فكان إحالة انعدام الوجوب على عدم السبب الموجب أولى.

ولو ادعى المولى الخطأ عليهما فى هذه الصورة، فأقر أحدهما بالعمد، والآخر بالخطأ، فالجواب فيه والجواب فيما إذا أقر بالخطأ سواء؛ لأن إقرار أحدهما بالخطأ كإقرارهما على ماذكرنا.

ولو ادعى الولى العمد عليهما، وصدقه أحدهما فى ذلك، وأنكر الآخر القتل أصلا، فللمولى أن يقتل المقر؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه؛ لأن الولى ادعى القصاص عليهما، والمقر أقر بالقصاص عليه، فلهذا كان له أن يقتل المقر.

ولو ادعى الولى الخطأ عليهما، أو أقر أحدهما بالعمد، وأنكر الآخر القتل، فلا شيء على المقر؛ لأن تعذر استيفاء القصاص من المقر هنا كان لمعنى من جهة الولى وهو دعواه الخطأ.

ولو قال رجل لرجل: قتلت أنا وفلان، وليك عمدًا، وقال فلان: قتلناه خطأ، وقال الولى للمقر بالعمد: أنت قتلته وحدك عمدًا، فإن للمولى أن يقتل المقر بالعمد؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه؛ لما ذكرنا، ولم يثبت شركة الآخر، كما أنكر الولى الشركة، فلاتثبت الشبهة، وإن ادعى الولى الخطأ فى هذه الصورة لا يجب شيء؛ لأن تعذر استيفاء القصاص كان لمعنى من جهة المولى وهو دعواه الخطأ.

١٩٥٤٦- رجل قطع يده ورجله، ومات منهما، فقال رجل: قطعت يده عمدًا، وفلان قطع رجله عمدًا، ومات من ذلك كله، وقال الولى: لا، بل قطعت ذلك كله عمدًا، فإن للولى أن يقتله؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه، ولم يثبت الشركة لما أنكر الولى ذلك، فلاتثبت الشبهة، وإن قال الولى: لا أدرى من قطع رجله لا يكون له أن يقتل المقر له؛ لأن المولى لما أبهم الشريك وجهله تثبت الشركة مع الشبهة إذ الشريك المجهول يجوز أن يكون صبيًا أو مجنونًا لا قصاص عليهما، وشركة من لا قصاص عليه شبهة مسقطة للقصاص؛ ولأن الولى بتجهيل الشريك صار مدعيًا المال، ودعوى المال إسقاط للقصاص، ولا يجب الدية أيضًا على المقر؛ لأن تعذر استيفاء القصاص إنما كان لمعنى من جهة الولى، وهو إبهام الشريك ودعوى المال.

فإن أزال الولى الجهالة بعد ذلك، وقال: فلان قطع رجله معك عمدًا، وفلان ممن

يجب عليه القصاص، إلا أنه ينكر القطع، صح بيانه حتى كان له أن يقتل المقر؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه لما أزال الولى الإشكال. والقياس أن لا يصح منه هذا البيان، ولايكون له أن يقتل المقر لمكان التناقض إلا أنا استحسنا، وقلنا: بأنه يصح بيانه؛ لأن الإنسان قد لايعرف قاتل أبيه خصوصًا عند كثرة القتل، فيجهله، ثم يعرفه فينبه، فكان معذورًا فى هذا التناقض، ومثل هذا التناقض لا يمنع صحة البيان وصحة الدعوى كما فى دعوى النسب ودعوى الحرية.

قال مشايخنا: وهذا إذا بين الولى قبل أن يقضى القاضى ببطلان حقه فى القصاص قبل المقر، حتى قال: لا أدرى من قطع رجله، فأما إذا قضى بذلك، ثم بين لا يصح بيانه، ولايكون له أن يقتل المقر؛ لأنه حين قضى بإبطال حقه، فقد قضى وله ولاية الإبطال شرعًا، فنفذ قضاه فلا يرتفع حكم ذلك الإبطال بما يعترض بعد ذلك كالقاضى إذا فسخ البيع بسبب إباق العبد المبيع قبل القبض، ثم عاد العبد من الإباق، فإنه لا يرتفع حكم ذلك الفسخ، كذا هنا.

١٩٥٤٧- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف: رجل قال لرجل: أنا قتلت وليك عمدًا، فصدقه وقتله، ثم جاء آخر، وقال: أنا قتلته وحدى، وصدقه الولى، فعليه الدية للذى قتله، وله على الآخر الدية.

١٩٥٤٨- قال محمد فى "الزيادات" أيضًا: رجل ادعى على رجلين أنهما قتلا وليه عمدًا بالسيف، وله عليهما القصاص، فأقر أحدهما أنه قتله وحده عمدًا، وأنكر الآخر القتل، فشهد شاهدان على الآخر أنه قتله وحده عمدًا كان للمدعى أن يقتل المقر، وليس له أن يقتل المشهود عليه، وبطلت شهادة الشاهدين، وإنما بطلت شهادة الشاهدين؛ لأن المدعى أكذبهما فى بعض ما شهدا به؛ لأنهما شهدا أن كل القتل وجد من المشهود عليه، والمدعى يدعى أنه وجد منه نصف القتل، وصار مكذبًا، والتكذيب يوجب بطلان الشهادة، وإنما كان له أن يقتل المقر، وإن كذب المقر فى بعض المقر به، إلا أن تكذيب المقر فى بعض ما أقر به لا يبطل الإقرار بالباقى، وفى حكم القصاص لا فرق بين كل العبد، وبعضه عند التعمد، ولهذا وجب القصاص على الجماعة.

فهذا هو الفرق بين الشهادة والإقرار أن المدعى ادعى القصاص بجهته،

والشاهدان شهدا له بالقصاص بجهة أخرى.

بيانه: وهو أن المدعى ادعى القصاص بجهته، ولو انقلب مالا بوجه ما، أو كان خطأ، يجب نصف الدية على المشهود عليه، والشاهدان شهدا بالقصاص بجهة لو انقلب مالا، وجب على المشهود عليه كمال الدية، فقد وقع الاختلاف بين المدعى وبين الشاهدين فى الجهة، أكثر ما فى الباب أنهم اتفقوا فى المقصود وهو القصاص، ولكن لا عبرة للمقصود فى الشهادة إنما العبرة لاتحاد الجهة، ألا ترى أنه لو ادعى رجل عبداً فى يدى رجل أنه له اشتراه من أبيه، فشهد شاهدان أنه عبده ورثة من أبيه، فالقاضى لا يقضى له بالعبد، وإن اتفقوا فيما هو المقصود من الملك لهذا، إنهم اختلفوا فى الجهة، وهكذا نقول فى فصل الإقرار: إنه وجد الاختلاف بين المدعى والمقر فى الجهة، ولكن الاختلاف فى الجهة فى الإقرار لا يمنع الاستيفاء إذا اتفقوا فى المقصود، ألا ترى أنه لو قال لغيره: لى عليك ألف درهم من جهة الغصب، وقال المدعى: بل هى من جهة القرض كان له أن يستوفى الألف، كذا هنا.

ولو كان مكان القتل العمد قتل الخطأ، وباقى المسألة بحالها لا شىء على المشهود عليه من الدية لبطلان الشهادة بالتكذيب، وعلى المقر نصف الدية، وإن أقر بالكل؛ لأنه رد إقراره بالنصف، فارتد وبطل.

ثم عاد إلى فصل العمد، فقال: لو أقر أحد المدعى عليهما أنه قتله وحده عمداً، وأنكر الآخر القتل، ولا بينة للمدعى كان للمدعى أن يقتل المقر؛ لأن إقراره لم يبطل بتكذيب المدعى فى نصف القتل، بقى إقراره فى نصف القتل، وقد صدقه، وإنه يكفى لوجوب القصاص عند التعمد، فلهذا كان له أن يقتل المقر.

١٩٥٤٩- وفيه أيضًا: رجل قتل مقطوع اليدين، ادعى وليه أن فلانًا قطع يده اليمنى عمداً وفلانًا قطع يده اليسرى عمداً، ومات منهما، فقال المدعى عليه قطع يده اليسرى: أنا قطعت يده اليسرى عمداً، ومات منها خاصة، وأنكر الآخر، كان له أن يقتل المقر؛ لما قلنا، وإن قال الولى: قطع فلان يده اليسرى عمداً، ولا أدرى من قطع يده اليمنى إلا أنها قطعت عمداً، ومات من القطعين، وقال المدعى عليه قطع اليد اليسرى: أنا قطعت يده اليسرى عمداً، ومات منها خاصة لا شىء على المقر؛ لأن ما

أقر به لا يدعى له، وما ادعى عليه لم يقر به.

بيانه: وهو أن المقر بالقصاص والولى ادعى المال؛ لأن إبهام الشريك ينفى وجوب القصاص لجواز أن يكون الشريك من لا قصاص عليه كالمجنون وغيره، فحصل[1] الولى يدعى عليه نصف الدية، وهو قد أقر بالقصاص، فهو نظير ما لو ادعى المولى على رجل قتل الخطأ، وأقر المدعى عليه بقتل العمد، وهناك لا شيء على المقر، وقد مر ذلك فيما تقدم، فهنا كذلك.

ولو قال الولى: قطع فلان يده اليمنى عمدًا وفلان يده اليسرى عمدًا، ومات منهما، وقال المدعى عليه قطع يد اليسرى: فقطعت أنا يده اليسرى عمدًا ولا أدرى من قطع اليمنى إلا أنى أعلم أن اليمنى قطعت عمدًا، ومات منهما، فلا قود عليه؛ لأن ما أقر بالقصاص لما أبهم الشريك بقى مجرد الدعوى، وبمجرد الدعوى لا يثبت شيء، وعليه نصف الدية استحسانًا، والقياس أن لا يلزمه شيء من الدية؛ لما قلنا: من المخالفة بين ما أقر به، وبين ما ادعى الولى عليه.

وجه الاستحسان: أن الولى ادعى عليه القصاص، وهو أقر بنصف الدية على نفسه حيث أبهم الشريك، والولى إذا ادعى القصاص، وأقر المدعى عليه بالدية، يجب الدية استحسانًا.

١٩٥٥٠- وفيه أيضًا: رجل ادعى على رجل أنه شج وليه موضحة عمدًا، ومات منها، وجحد المدعى عليه ذلك، فجاء المدعى بشاهدين، فشهدا بالموضحة والموت منها كما ادعاه المدعى قبلت الشهادة، وقضى القاضى بالقصاص للمدعى، وهذا ظاهر؛ لأن الجرح باتصال الموت به يعتبر نفسًا على ما عرف، فالمدعى بدعوى الموت يدعى النفس، والشاهدان شهدا بالنفس أيضًا، فقبلت الشهادة، وقضى بالقصاص لهذا.

ولو شهدا بالموضحة والبرء منها قبلت الشهادة على الموضحة، وقضى بالقصاص فى الموضحة؛ لأنهما اتفقا على الشهادة بالموضحة كما ادعاه المدعى إلا أن المدعى ادعى زيادة شيء لم يشهدا به وهو البراءة، فهذه شهادة ببعض ما ادعاه المدعى، ومثل هذه الشهادة مقبولة.

---

(١) هكذا فى "ظ" و"م"، وكان فى الأصل: فجعل.

وقال فى الكتاب: ألا ترى أن الموضحة لو كانت خطأً كان الولى مدعيًا عشرة آلاف درهم، والشهود شهدوا بخمس مائة، وهذا لا يكون قدحًا فى شهادتهم أورد هذا البيان أن الشهادة بالموضحة والبرء شهادة ببعض ما ادعاه المدعى، وإن الشهادة ببعض ما ادعاه المدعى مقبولة.

ولو شهد أحد الشاهدين بالموضحة والموت منها كما ادعاه المدعى، وشهد الآخر بالموضحة والبرء، قبلت شهادتهما على الموضحة، وقضى بالقصاص فى الموضحة؛ لأن المدعى ادعاها، والشاهدان شهدا بها لفظًا ومعنًى إلا أن أحدهما تفرد بالشهادة على السراية، فانفراد أحدهما لم يثبت، وما اتفقا عليه وهو الموضحة يثبت.

فمن مشايخنا من قال: ما ذكره من الجواب قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله: فينبغى أن لا تقبل هذه الشهادة ولا يقضى بشيء؛ لأن من أصله أن الموضحة إن اتصل بها السراية تصير قتلا من الابتداء، وتخرج من أن يكون موضحة حتى قال: إذا عفا عن الموضحة، ثم سرت إلى النفس، بطل العفو، وعندهما: لا يبطل، ولما كان من أصل أبى حنيفة رحمه الله هذا صار أحد الشاهدين شاهد بفعل هو قتل من الأصل، والآخر صار شاهدًا بالموضحة، فقد اختلفا فى المشهود به، فلا تقبل الشهادة.

ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل، والعذر لأبى حنيفة رحمه الله أن يقول: الموضحة باتصال الموضحة بها لا تصير قتلا من الابتداء، وليس هذا أصل أبى حنيفة رحمه الله إنما أصله أن الموجود عند اتصال السراية بالموضحة فعلان: الموضحة، والقتل، ولكن لا يكون للموضحة موجب من الأصل باتصال السراية بها، فبطلان العفو عند أبى حنيفة رحمه الله باعتبار أنها تصير قتلا من الابتداء، إذا ثبت هذا، فنقول: إذا لم تثبت السراية هنا لكون الشاهد واحد، وقد ثبت الموضحة حقيقة كان لها موجب الموضحة، وموجبها القصاص.

ولو قلنا: إن الموضحة تصير قتلا من الابتداء، إلا أن ذكر الموضحة لا يتقدم، فصار المدعى مدعيًا للموضحة والشهود، وشهدوا بالموضحة أيضًا، وعلى الجوابين جميعًا يخرج قول من يقول: بأن المدعى لما ادعى السراية، فقد ادعى شيئًا آخر، فينعدم

الموافقة بين المدعى وبين الشهود، بأن يقال : بأن المدعى بدعوى السراية لا يصير مدعيًا شيئًا آخر؛ لأن الموضحة باتصال السراية بها لا تصير قتلا من الابتداء على الجواب الأول، فيكون مدعيًا فعلين، وقد اتفقا الشاهدان على أحدهما، وعلى الجواب الثانى إن صارت الموضحة قتلا من الابتداء إلا أن دعوى الموضحة لا ينعدم[1]، فصار المدعى مدعيًا للموضحة، وقد اتفقا الشاهدان عليهما.

ولو ادعى الولى الموضحة والبرء منها، وشهد أحد الشاهدين بالموضحة والبرء، والآخر بالسراية لا تقبل الشهادة؛ لأنه صار مكذبًا لمن شهد بالسراية فى بعض ما شهد وهو السراية، وإنه يوجب بطلان الشهادة على ما ذكرنا.

ولو كان الشجة شيئًا دون الموضحة لا يتحملها العاقلة إلا باتصال السراية بها نحو السمحاق، وما أشبهه، فادعى الولى أنه مات منها، ولى النفس على العاقلة، وجاء بشاهدين شهد أحدهما، كما ادعاه المدعى، وشهد الآخر أنه برئ من ذلك، قبلت الشهادة على الشجة، وقضى بأرشها فى مال الجانى.

وكان ينبغى أن لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن الولى بدعوى اتصال الموت بالشجة صار مدعىّ النفس والمال على العاقلة، وأحد الشاهدين شهد بالمال على الجانى، والجواب عن هذا أن يقال : بأن المدعى بدعوى اتصال الموت وإن صار مدعيًا للمال إلا أنه لا يدعى المال على العاقلة ابتداء وإنما يدعى بطريق التحمل، وهذا لأن الوجوب على الجانى أولا، والعاقلة يتحملون الوجوب عنه، فالمدعى يدعى المال على الجانى ابتداء، ووجوب التحمل على العاقلة، وقد اتفق الشاهدان على الوجوب على الجانى، وتفرد أحدهما بإيجاب التحمل على العاقلة، فيتعذر وما اتفقوا عليه ثبت، وما تفرد به أحدهما لا يثبت، وجواب آخر أن المدعى بدعوى اتصال الموت بالشجة وإن صار مدعىّ النفس إلا أن دعوى الشجة لا ينعدم، فيكون مدعىّ الشجة والنفس جميعًا، وقد اتفق الشاهدان على الشجّة، وتفرّد أحدهما بالنفس، فما اتفقوا عليه يثبت، وما لم يتفقوا عليه لا يثبت.

وكذلك لو كان الميت عبدًا لرجل، فادعى مولاه أن الشاجّ شجه موضحة عمدًا،

---

(١) هكذا فى "ظ" و "ف"، وكان فى الأصل : لا يتقدم.

ومات منها، وأن له عليه القود، وجاء بشاهدين، فشهد أحدهما كما ادعاه المدعى، وشهد الآخر أنه برئ، فالقاضى يقضى بأرش الشجة فى مال الجانى؛ لأن دعوى الموضحة مع دعوى السراية دعوى الموضحة والنفس جميعًا. وقد اتفق الشاهدان على الموضحة، فتثبت الموضحة إن كان لا يثبت النفس، ولا قصاص بين الحر وبين العبد فى الطرف، فقضينا بأرش الموضحة فى مال الجانى.

الفصل الثانى والعشرون
فى الدعوى والاختلاف بين الورثة

١٩٥٥١- قال محمد: رجل قتل وله ابنان، لا وارث له غيرهما، فأقام أحدهما وهو عبد الله بينة على صاحبه وهو زيد أنه قتله عمداً، وأقام زيد بينةً على أجنبى أنه قتله عمدًا، قبلت البينتان عند أبى حنيفة، وعلى الابن المشهود عليه وهو زيد نصف الدية فى ماله لصاحبه، وللابن المشهود عليه على الأجنبى نصف الدية فى ماله، وإن كان القتل خطأ، فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف الدية.

وقال أبو يوسف ومحمد: بينة الابن على أخيه أولى القبول، ويقضى على الأخ المشهود بالقود، إن كان عمدًا، وإن كان خطأ، فله الدية على عاقلته، وبطلت بينة الابن المشهود عليه على الأجنبى. فوجه قولهما: إن بينة عبد الله أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت شيئًا لا يثبته بينة زيد، وهو حرمان زيد عن الميراث، والبينات ترجح بكثرة الإثبات. ولأبى حنيفة أن البينتين قد تعارضتا، فيقضى بهما على حسب الإمكان كسائر البينات، وما يقول: بأن فى بينة عبد الله زيادة إثبات ليس كذلك، بل فيها نفى، فإنها تنفى ميراث زيد، فإن سبب الميراث القرابة وموت المورث، وقد وجدا فى حق زيد، فعبد الله ينفى بينة ميراث زيد، والبينات لاترجح بالنفى، وإذا قبلت البينتان، سقط القصاص، ولم يثبت حرمان الميراث؛ لأن كل واحد من الابنين أثبت القتل بينته على من أقام البينة عليه بالقتل، والقتل مما لا يتكرّر، فيجعل كل واحد منهما قاتلا من وجه، وبالقتل من وجه، لا يثبت الحرمان، ولا يجب القصاص، ولكن يجب الدية، فيقضى لعبد الله على زيد نصف الدية فى ماله، إن كان عمدًا، وعلى عاقلته إن كان خطأ، ويقضى لزيد على الأجنبىّ بمثل ذلك؛ لأن كل واحد من المشهود عليهما قاتل من وجه دون وجه على ما مرّ، والقتل من وجه لا يجب إلا نصف الدية، كما لو ادّعى كل واحد من الابنين القتل على الأجنبىّ.

وأما الميراث: فعندهما الميراث كله لعبد الله، أما عند أبى حنيفة لم يذكره فى

الكتاب، واختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: الميراث بينهما أرباعًا: ثلاثة أرباعه لعبد الله، وربعه لزيد؛ لأن لعبد الله نصف الميراث فى كل حال، والنصف الآخر له فى حال، وهو ما إذا كان القاتل زيدًا، ولا شىء له من ذلك النصف فى حال، وهو ما إذا كان القاتل أجنبيًا، فينصف ذلك النصف، فلهذا كان له ثلاثة أرباع الميراث، وأما زيد: فله نصف الميراث فى حال، ولا شىء له فى حال، فينصف ذلك النصف، فكان له الربع.

وقال بعضهم: الميراث بينهما نصفان، وهو الأصحّ؛ لأن حرمان زيد عن الميراث لم يثبت، ألا ترى أنه وجب لكل واحد نصف الدية، والدية فى الحقيقة ميراث، فإنما يجب بدلا عن نفس الميت، يجب للميت أولا، ولهذا يقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، ثم ينتقل إلى الورثة بالإرث، فكان كل واحد منهما وارثًا النصف بكل حال، فكان بينهما نصفان لهذا.

١٩٥٥٢- ولو أقام كل واحد منهما البينة على صاحبه، أنه قتل أباهما عمدًا أو خطأ، فعلى أبى يوسف ومحمد: تهاترت البينتان، ولا تجب الدية، والميراث بينهما؛ لأن البينتين قد استوتا من جميع الوجوه؛ لأن كل واحد منهما يدعى على صاحبه مثل ما يدعى صاحبه عليه، فوجب القول بالتهاتر، كما لو ادّعى كل واحد منهما شراء شىء من جهة صاحبه، والشىء فى أيديهما، وأقاما البينة، ولم يؤرّخا بخلاف الفصل الأول؛ لأن هنا ترجّحت بينة عبد الله على ما مرّ، وإذا تهاترتا فكأنهما لم يقيما بينة، ولو لم يقيما بينة، لم يثبت القتل، وكان الميراث بينهما نصفان، كذا هنا.

وأما على قول أبى حنيفة: يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الدية، إن كان القتل عمدًا، ففى ماله، ويتقاصّان، وإن كان خطأ، فعلى عاقلة كل واحد منهما؛ لأن البينتين قد تعارضتا، والتهاتر إنما يكون أن لو ادّعى كل واحد منهما تلقى الملك من جهة صاحبه، ولم يؤرخا، وهنا ادّعى كل واحد منهما شرائين من واحد، وإذا لم يثبت التهاتر، يجب العمل بهما فى حق حكم القتل، وتعذّر العمل بهما فى حق القصاص، فيعمل فى حق الدية، فيقضى بالدية بينهما نصفان، كما لو ادّعى كل واحد منهما القتل على أجنبىّ، وأقام كل واحد البينة، ويكون الميراث بينهما نصفان؛ لأنا وإن

علمنا أن أحدهما محروم عن الميراث، إلا أن بحرمان أحدهما لا ينتقض شيء من الميراث؛ إذ الابن الواحد يستحق جميع ما يستحقّه الابنان، فوجب القضاء بالكل للمستحقّ، وليس أحدهما في حق استحقاق الميراث بأولى من الآخر، فيقضى بينهما نصفان لهذا.

ولو كان البنون ثلاثة، وأقام عبد الله على زيد بينة أنه قتل الأب، وأقام زيد على عمرو أنه قتله، وأقام عمرو بينة على عبد الله أنه قتله، فهنا تقبل البينات بالاتفاق، وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فلأن شرط التهاتر أن يدعي كل واحد منهما على صاحبه مثل ما يدعيه صاحبه عليه، ولم يوجد ذلك هنا، بخلاف الفصل الأول على ما مرّ.

وأما على أبي حنيفة: فلأن كل واحد من الابنين لو ادّعى على صاحبه مثل ما ادّعى صاحبه عليه، تقبل البينتان جميعًا على ما مرّ، فهنا أولى، ولا يجب القصاص على واحد منهم بالاتفاق؛ لأنه لما قبلنا البينتين، كان كل واحد منهم قاتلا من وجه دون وجه، والقتل من وجه لا يكفي بإيجاب القصاص.

ثم على قول أبي حنيفة: يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بثلث الدية في ماله، إن كان عمدًا، وعلى عاقلة إن كان خطأ؛ لأن الدية بمنزلة مال العين عند أبي حنيفة من حيث إنه لا يزاد على دية واحدة بمقابلة نفس لم يفرق أجزاءها في الإتلاف، وقد استوت حججهم، فيقضى بالدية بينهم أثلاثًا، كدار تنازع فيها ثلاثة نفر، وادّعى كل واحد منهم نصفها، وأقاموا جميعًا البينة، فإنه يقضى بالدار بينهم أثلاثًا، كذا هنا، ويكون الميراث بينهم أثلاثًا، وإن تيقنا بحرمان أحدهم إلا أن بحرمان أحدهم لا ينقص شيء من الميراث، وليس بعضهم للتعيّن للحرمان بأولى من البعض، فلهذا يقضى بينهم بالميراث أثلاثًا.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بنصف الدية؛ لأن عبد الله أثبت ببينته جميع الدية على زيد نصفه لنفسه، ونصفه لعمرو إلا أن عمروًا لما ادّعى القتل على عبد الله، فقد أكذب بينة عبد الله فيما شهدت له من نصف الدية، فيبطل حق عمرو قبل زيد، وبقي حق عبد الله، وهكذا الوجه في حق زيد، وفي

حق عمرو.

وطعنوا على محمد رحمه الله فى هذا، فقال: كيف يجب هنا دية، فإن المقتول واحد، ولا يجب بمقابلة مقتول واحد أكثر من دية واحد، والجواب من هذا أن يقال: إنما لا يزاد بدل نفس واحدة إذا لم يفرق أجزاءه فى الإتلاف، أما إذا فرق يجوز أن يزداد(١) كما لو لو قطع رجل يدى إنسان، وقطع آخر رجله، وجزّ آخر رقبته خطأ، فإنه يجب ثلاث ديات، وإن كان الواحد مبدلا، لكن لما فرق أجزاءها فى الإتلاف زيد على دية واحدة، إذا ثبت هذا، فنقول فى مسألتنا: احتمل أن يكون الإتلاف متفرقًا منهم لما شهد كل فريق بمطلق القتل، فإنه يجوز أن يكون أحدهم قطع يدى الأب، وقطع الآخر رجله، وجزّ آخر رقبته، والبينات حجج الله تعالى لا يجوز إبطالها بالشك، وقد أثبت كل بينة لمدعيها نصف الدية، فلا ينقص بالشك، ولكن أبو حنيفة يجيب عن هذا، ويقول: بأن إبطال البينة كما لا يجوز بالشك، فإيجاب الزيادة على دية واحدة لا يجوز أيضًا بالشكّ، وعند تعذر الجمع بينهما الإسقاط أولى من الإيجاب؛ لأن فيه إبقاء ما كان على ما كان، وهو عدم الوجوب، وفى الإيجاب إثبات ما لم يكن ثابتًا، فكأن ما قلناه أولى يكون الميراث بينهما أثلاثًا عندهما أيضًا؛ لما قلنا لأبى حنيفة.

١٩٥٥٣- ولو أقام عبد الله البينة على زيد وعمرو أنهما قتلا أباهم عمدًا أو خطأ، وأقام زيد وعمرو البينة على عبد الله أنه قتل أباهم عمدًا أو خطأ، تهاترت البينتان عندهما؛ لأن كل فريق منهم يدّعى على الآخر مثل ما يدعيه الآخر عليه، وبقيت الوراثة بينهم أثلاثًا كما لو لم يوجد إقامة البينة، فأما على على قول أبى حنيفة: يقضى لعبد الله على زيد وعمرو بنصف الدية فى مالهما إن كان عمدًا، وعلى عاقلتهما إن كان خطأ، ويقضى لزيد وعمرو على عبد الله بنصف الدية إن كان عمدًا، ففى مال عبد الله وإن كان خطأ، فعلى عاقلته؛ لأن عند أبى حنيفة لا يزاد على دية واحدة بمقابلة نفس لم يفرق إتلافها، والقتل من كل فريق يوجد فى حال دون حال، فيقضى لكل فريق بنصف الدية والميراث يكون نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو؛ لأن فى حال كل الميراث لعبد الله، وفى حال كل الميراث لزيد ولعمرو، فلهذا يقضى بالنصف لهما وبالنصف لعبد الله.

(١) هكذا فى "م"، وكان فى "ظ" و"ف": أن يزاد.

ولو أقام عمرو على زيد البينة أنه قتل أباهم وأقام زيد البينة على عمرو أنه قتل أباهم، ولم يقم منهما البينة على عبد الله، فإنه يقال لعبد الله: ما تقول: في هذا؟ وإنما وجب السؤال عن عبد الله لأنه صاحب حق في هذا الدم، إذ هو ليس بقاتل، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما إن ادعى عبد الله القتل على أحدهما بعينه، أو منهما، بأن قال: لم يقتل واحد منهما، أو ادعى عليهما، بأن قال: هما قتلاه.

فإن ادعى القتل على أحدهما بعينه وهو عمرو، فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: يقضى على عمرو بثلاثة أرباع الدية، ويكون ذلك بين زيد وعبد الله نصفان، وإن كان القتل عمداً، ففي مال عمرو، وإن كان خطأ، فعلى عاقلة عمرو، ويقضى لعمرو على زيد بربع الدية، ويكون ذلك في مال زيد إن كان عمداً، وإن كان خطأ، فعلى عاقلته، وإنما كان كذلك؛ لأن عبد الله لما صدق زيداً، فقد صارت بينة زيد بينة لعبد الله، فصار عبد الله ببينته مثبتاً نصف الدية لنفسه على عمرو، ولم يعارض لها بينة عمرو من هذا الوجه، فيثبت النصف لعبد الله على عمرو، وبينة زيد تثبت لزيد أيضاً نصف الدية على عمرو، وكذلك بينة عمرو تثبت لعمرو نصف الدية على زيد، وقد وقع التعارض بين بينة عمرو وبين بينة زيد من الوجه الذي هي بينة لزيد على عمرو نصف الدية، فعملنا بهما، فيثبت لكل واحد نصف ما يقتضيهما وهو ربع الدية، ثم يضم ما وجب لزيد وهو الربع إلى ما وجب لعبد الله وذلك النصف، فجملته ثلاثة الأرباع يقسم بين عبد الله وزيد نصفين لتصادقهما أنهما يستويان في سبب الاستحقاق.

وأما الميراث نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو؛ لأن عبد الله وارث بيقين، وإنما يزاحم أحد الأخوين؛ لأن أحدهما محروم بالاتفاق، فصار النصف لعبد الله والنصف الآخر بين زيد وعمرو لاستواء منازعتهما فيه، ثم ما وجب لزيد يضم إلى ما وجب لعبد الله، فيقسم بينهما؛ لما مر.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فيقضى لعبد الله على عمرو بالقود إن كان عمداً، ويقضى بالدية على عاقلة عمرو إن كان خطأ، ويكون ذلك بين عبد الله وزيد نصفان، ويكون الميراث بينهما نصفين أيضاً؛ لأن بينة زيد وعمرو تهاترتا لوجود شرط التهاتر، وهو دعوى كل واحد منهما على صاحبه مثل الذي ادعى صاحبه عليه، وقد

صارت بينة زيد بينة لعبد الله؛ لما عرف أن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين فيما يثبت للميت، ولم يوجد شرط التهاتر فى حق عبد الله، فصار كأن زيدًا وعمرًوا لم يقيما البينة على عبد الله[١]، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

وإن لم يدع عبد الله القتل على واحد منهما، بأن قال: لم يقتل واحد منهما، ففى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: يقضى لزيد على عمرو بربع الدية، ولعمرو على زيد بربع الدية، إن كان عمدًا، ففى مالهما، وإن كان خطأ، فعلى عاقلتهما، ولا شىء لعبد الله من الدية، وإنما كان كذلك؛ لأن كل واحد منهما أثبت جميع الدية على صاحبه بينه وبين عبد الله نصفان إلا أن عبد الله لما أنكر قتل واحد منهما، فقد كذبهما، فبطل حقه بتكذيبه، بقى كل واحد منهما مدعيًا على صاحبه نصف الدية، فيقضى لكل واحد بربع الدية، ويكون الميراث بينهم أثلاثًا؛ لأن كل واحد منهما يقر بنصف الميراث لعبد الله، وهو لا يدعى إلا الثلث، فوجب الثلث له، ولا باقى لهما لاستواءهما.

وعند أبى يوسف ومحمد: لا يقضى هنا بشىء لا بالدية ولا بالقصاص؛ لأن القتل على زيد وعلى عمرو[٢] فى حق عبد الله لإنكاره ذلك، ولا فيما بين زيد وعمرو لتهاتر البينتين، وكان الميراث بينهم أثلاثًا؛ لما قلناه لأبى حنيفة رحمه الله.

١٩٥٥٤- وإن ادعى القتل عليهما بأن قال: أنتما قتلتماه ففى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لايقضى لعبد الله بشىء من الدية؛ لأن عبد الله كذب شهودهما فى بعض ما شهدوا به؛ لأن كل بينة أثبتت أن المدعى عليه هو القاتل وحده، وأن عليه جميع الدية، فإذا ادعى القتل عليهما جميعًا[٣]، صار مدعيًا أن على كل واحد منهما نصف الدية، وصار مكذبًا للشهود فى بعض ما شهدوا به، فلم يثبت حقه، بقى كل واحد منهما مدعيًا نصف الدية على صاحبه؛ لما مر قبل هذا، فيقضى لكل واحد منهما على صاحبه بربع الدية، وأما الميراث فنصفه لعبد الله ونصفه لهما، ؛ لأن عبد الله ادعى لنفسه جميع الميراث لما ادعى القتل عليهما، وكل واحد منهما صدقه فى النصف، فيأخذ النصف لاتفاق الكل عليه، بقى فى النصف الآخر مجرد دعواه، فلايكون له من ذلك

(١) هكذا فى الأصل و"ظ"، وكان فى "ف" و "م": "على عمر" مكان "على عبد الله".

(٢) وفى "ظ": ولم يثبت فى حق عبد الله.

(٣) وفى "ظ" و"ف": جملةً.

النصف شيئًا، ويكون ذلك بين زيد وعمرو نصفان لاستواء منازعتهما فى ذلك.

وأما على قول أبى يوسف ومحمد: فقد تهاترت بينة كل واحد منهما على صاحبه، ولا بينة لعبد الله على ما يدعى، فلا يقضى بشىء من الدية، فالميراث يكون بينهم أثلاثًا، وكان ينبغى أن يكون نصف الميراث لعبد الله؛ لأن كل واحد منهما مقرٌ بنصف الميراث لعبد الله. والجواب أن يقول: بأن كل واحد منهما أقر بنصف الميراث لعبد الله بشرط أن يكون حق المقر مثل حق عبد الله، وذلك لا يكون إلا إذا جعل الميراث بينهم أثلاثًا.

١٩٥٥٥- ولو ترك المقتول أخًا وابنًا، فأقام الأخ البينة على الابن أنه قتل الأب، وأقام الابن البينة على الأخ أنه هو الذى قتل الأب كانت بينة الابن أولى؛ لأن الولى هو الابن دون الأخ، فإنما يخرج الابن من أن يكون وليًا، ويصير الأخ وليًا على اعتبار كون الابن قاتلا، وفى ذلك شك، فلم يخرج الابن من أن يكون وليًا، وإذا كان الابن وليًا لم يكن الأخ وليًا، والولى خصم، وغير الولى ليس بخصم، وبينة الخصم مقبولة، أما بينة غير الخصم ليست بمقبولة بخلاف ما إذا كانا ابنين حيث يقضى هنا بنصف الدية على كل واحد منهما عند أبى حنيفة رحمه الله، وهنا قال: بينة الابن أولى ولم يذكروا الخلاف؛ لأن هناك كل واحد من الابنين ولى مع صاحبه، فلا يخرج كل واحد منهما عن الولاية بالشك، فبقى كل واحد وليًا، فكان كل واحد خصمًا، فوجب قبول البينتين، وتعذر قبولهما فى حق إيجاب القصاص، فتقبل فى حق إيجاب الدية، أما هنا بخلافه على ما مر.

ولو ترك المقتول ابنين وأخًا، فأقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه بالقتل، وصدق الأخ أحدهما، أوصدقهما، كان التصديق من الأخ والعدم بمنزلة؛ لأن أحدهما وارث هنا بيقين؛ لأن القاتل أحدهما، وأيهما كان وارثًا، كان الأخ محجوبًا به، فيكون الأخ فى هذه الحالة كالأجنبى سواء، ولا معتبر بتصديق الأجنبى، فكذا بتصديق الأخ فى هذه الحالة، فخرج الأخ من البين، بقى كل واحد من الابنين مقيمًا البينة على صاحبه أنه قتل الأب، وهى المسألة الثانية من الباب.

فإن أقام الأخ البينة على الابنين أنهما قتلاه بعد أن أقام كل واحد من الابنين البينة

على صاحبه أنه هو القاتل، فعلى قول أبى يوسف ومحمد: البينة بينة الأخ، ويكون الميراث له، ويقتل الابنان إن كان القتل عمدًا، وإن كان خطأ، فعلى عاقلتهما الدية؛ لأن بينة الابنين قد تهاترتا لوجود شرط التهاتر، فصار كأنهما لم يقيما البينة، وأقام الأخ عليهما البينة، وهناك الجواب كما قلنا؛ لأن الابنين خرجا من أن يكونا وليين، فصار الأخ وليا، ولم يذكر قول أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسألة، وينبغى أن عنده لا تقبل شهادة الأخ، ؛ لأن بينة الابنين ما تهاترتا، فتردد حال كل واحد من الابنين بين أن يكون وليا وبين أن لا يكون وليا، فلا يصير الأخ وليّا بالشك، ويكون الميراث بين الابنين، ويجب لكل واحد منهما على صاحبه نصف الدية، وهى المسألة الثانية من الباب.

وإن ترك ثلاث بنين، فأقام اثنان البينة منهم على الثالث أنه قتل أباهم، وأقام الثالث بينة بذلك على الأجنبى، فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: بينة الابنين أولى؛ لأنها أكثر إثباتًا، فإنها تفيد حرمان الثالث عن الميراث، وبينة الثالث لا تفيد الحرمان عن الميراث لأحد، فيقضى بالقصاص على الثالث للأخوين إن كان عمدًا، وبالدية على عاقلته إن كان خطأ، ولا يرث الابن المشهود عليه، ويكون الميراث بن الابنين المدعيين نصفين، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله لم يترجح بينة الابنين على بينة الثالث؛ لما مر فى المسألة الأولى من الباب، فيقضى للابنين الثالث، بثلثى الدية، إن كان عمدًا، ففى ماله، وإن كان خطأ، ففى عاقلته، ويقضى للثالث على الأجنبى بثلث الدية، ويكون الميراث بينهم أثلاثًا.

١٩٥٥٦- وإذا قتل الرجل وترك ثلاث بنين، فأقام الأكبر بينة على الأوسط أنه قتل الأب، وأقام الأوسط بينة على الأصغر بذلك، وأقام الأصغر بينة على الأجنبى بذلك، ففى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: يقضى لكل واحد منهم على الذى أقام عليه البينة بثلث الدية؛ لأن البينات قد تعارضت، ولم يترجح بينة الأكبر والأوسط بسبب ما أثبتنا من حرمان الميراث على بينة الأصغر؛ لما مر فى المسألة الأولى من الباب، فيجب قبول الكل، وقد تعذر قبول الكل فى حق القصاص؛ لما مر أن القتل لا يتكرر، وكل واحد احتمل أن لا يكون قاتلا، ومع الشك لا يمكن القضاء بالقصاص، وإذا تعذر القضاء بالقصاص يجب القضاء بالدية، ويقضى لكل واحد بثلث الدية، ؛ لأن الأصغر يدعى ثلث الدية لنفسه على الأجنبى، فإن فى زعمه أن الدية على الأجنبى بين البنين

أثلاثًا، فكان مدعيًا لنفسه ثلث الدية، فيقضى له بذلك، وما يجب بمقابلة نفس، لم يفرق أجزاءها عند أبي حنيفة رحمه الله، لا يزاد على دية واحدة، فبقى هناك ثلثا الدية، وقد استوى الأكبر والأوسط في الدعوى والحجة في ذلك، فصار بينهما نصفين، فمن هذا الوجه يقضى لكل واحد بثلث الدية، وإن شئت قلت: إنما يقضى لكل واحد منهم بثلث الدية؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يزاد على دية واحدة بمقابلة نفس لم يفرق أجزاءها في الإتلاف، والقتل من كل فريق يثبت في حال دون حال، فلهذا قضى على كل فريق بثلث الدية، ويكون الميراث بينهم أثلاثًا.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: يقضى على الأكبر لأوسط بنصف الدية، وللأوسط على الأصغر بنصف الدية، ولا يقضى للأصغر على الأجنبي؛ لأن بينة الأكبر على الأوسط، وبينة الأوسط على الأصغر مقبولتان لعدم ما يوجب التهاتر إلا أنه لم يوجب القصاص في العمد لا على الأوسط ببينته الأكبر، ولا على الأصغر ببينة الأوسط، إما لجهالة القاتل لما قبلت البينتان، أو لأن الأكبر ببينته على الأوسط[1] أثبت القصاص لنفسه وللأجنبي[2]، والأصغر بدعواه القتل على الأجنبي أبطل نصيبه، فصار كما لو عفا الأصغر، فانقلب نصيب الأكبر مالا، والأوسط ببينته على الأصغر أثبت القصاص لنفسه وللأكبر، والأكبر بدعواه القتل على الأوسط بطل نصيبه فكأنه عفا، فانقلب نصيب الأوسط مالا، فلهذا لم يجب القصاص ووجب للأكبر على الأوسط نصف الدية، وللأوسط على الأصغر نصف الدية لهذا المعنى أيضًا.

وأما بينة الأصغر على الأجنبي غير مقبولة؛ لأن الأصغر خرج عن الإرث ببينة الأوسط وعن كونه وليًا بخلاف الأوسط حيث لم يخرج عن الإرث، وعن كونه وليًا ببينة الأكبر؛ لأن بينة الأوسط توجب حرمان الأصغر عن الميراث كما أن بينة الأكبر توجب حرمان الأوسط، فاستوى في حق إفادة كل واحد منهما الحرمان، فلم يترجح إحدى البينتين على الأخرى، وأما بينة الأصغر لا توجب حرمان أحد، فترجحت بينة الأكبر، وبينة الأوسط على بينة الأصغر، والميراث بين الأكبر والأوسط نصفان، ولا شيء للأصغر لخروجه من أن يكون وارثًا فيه -والله أعلم-.

(١) زيد من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) وفي ظ: "الأصغر" مكان "وللأجنبي".

الفصل الثالث والعشرون
فى الورثة والموصى له الذى يدعى بعضهم قتل عمد أو خطأ

١٩٥٥٧- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": رجل مات، وترك ابنين، وقد كان أوصى بثلث ماله لرجل، فأقام أحد الابنين بينة أن هذا الرجل قتل أباه عمداً، وأقام الابن الآخر بينة على رجل آخر أنه قتل أباه خطأ، فهذه المسألة على وجوه: إما أن يصدق الموصى له مدعى الخطأ، أو يصدق مدعى العمد، أو يصدقهما، أو يكذبهما، أو يقول: لا أدرى أكان القتل خطأ أو عمداً؟ فنقول: نذكر أولا حكم المسألة فيما إذا لم يكن الابنين موصى له بالثلث، ثم نذكر حكمها فيما إذا كان معهما موصى له بالثلث.

فأما إذا لم يكن معهما موصى له بالثلث، فالحكم فيها أنه لا قصاص على واحد منهما، أما على الذى ادعى عليه قتل الخطأ فظاهر، وأما على الذى ادعى عليه قتل العمد فلأنه لم يتعين قاتلا، بل الأمر مشتبه. بيانه: وهو أن كل واحد من الابنين خصم فى دعوى القتل وإثباته، وقد أثبت كل واحد منهما بينة على من أقامها عليه قتلا تفرد هو به، والقتل فى محل واحد لا يتكرر، فلا يتصور اجتماع القتلين فى محل واحد، أحدهما عمداً، والآخر خطأ، فبقى القاتل مشتبها أو نقول: نجعل كأن الأمرين كانا؛ لأن البينتان حجج الله تعالى يجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن بأن يجعل كأن شهود العمد عاينوه جرحه عمداً، فلم يزل صاحب فراش حتى مات، ولم يعلموا جراحة غيره خطأ، وشهود الخطأ عاينوه جرحه خطأ، فلم يزل صاحب فراش حتى مات، ولم يعلموا جراحة غيره عمداً، فشهدا كل فريق على ما عاين وشاهد، ولو كان هكذا لا يجب القصاص على العاقلة المشاركة الخاطئ إياه فى القتل، كذا هنا.

ولمدعى العمد نصف الدية فى مال من أقام عليه البينة فى ثلاث سنين، أما وجوب نصف الدية فلأنه تعذر عليه استيفاء القصاص لا لمعنى من جهته، بل بدعوى صاحب الخطأ، فيقضى له بحصته من الدية.

وأما فى مال القاتل فلأن القتل عمداً فى حقه، والعاقلة لا تعقل العمد، وأما فى

ثلاث سنين فلأن وجوبه بالقتل والدية إذا وجبت بالقتل تجب فى ثلاث سنين، وإن كان القتل عمدًا كالأب إذا قتل ابنه عمدًا، والبعض معتبر بالكل.

ولمدعى الخطأ على عاقلة من أقام عليه البينة نصف الدية فى ثلاث سنين؛ لأنه أثبت جميع الدية على عاقلته النصف لنفسه والنصف لصاحبه إلا أن صاحبه أنكر ذلك، وكذبه شهوده، لكن إنكار صاحبه يؤثر فى حق نفسه، لا فى حقه، فبقى نصيبه، وذلك نصف الدية.

هذا إذا لم يكن مع الابنين موصى له بالثلث، وأما إذا كان مع الابنين موصى له بالثلث، وهو المذكور هنا، فهذه المسألة على وجوه على نحو ما بينا إن صدق الموصى له مدعى الخطأ قضى لمدعى الخطأ، وللموصى له على عاقلة المدعى عليه الخطأ بثلثى الدية فى ثلاث سنين لكل واحد منهما الثلث؛ لأن مدعى الخطأ أثبت بينة جميع الدية للميت ثلثاها له ولأخيه إرثًا وثلثها للموصى له وصية إلا أن المدعى العمد رد ذلك، وأعرض عنه، فكذب شهوده بدعوى العمد، فبطل الثلث الذى هو لمدعى العمد بزعمه، وبقى ثلثاها لمدعى الخطأ، وللموصى له؛ لما قلنا: إن زعم كل إنسان معتبر فى حقه، وليس بمعتبر فى حق غيره، وقضى لمدعى العمد بثلث الدية فى مال المدعى عليه العمد، ؛ لأن مدعى العمد ببينة أثبت القصاص بينه وبين الآخر نصفان، إذ لا حق للموصى له فى القصاص إلا أن مدعى الخطأ بدعوى الخطأ أبطل حقه فى القصاص، فانقلب نصيب مدعى العمد مالا، وهو نصف الدية كما لو عفا عن نصيبه غير أن فى زعم مدعى العمد أن للموصى له ثلث هذا النصف؛ لأن العمد إذا انقلب مالا يلحق بالخطأ، ويصير موجب المال للميت، ألا ترى أنه يقضى، فيثبت فيه حق الموصى له إلا أن الموصى له لما ادعى الخطأ، فقد أسقط حقه عن ثلث هذا النصف، فبطل حقه وبقى حق مدعى العمد فى ثلثى هذا النصف، وهو ثلث الجملة، ويكون ذلك فى مال القاتل؛ لأنه وجب بالعمد، وقد قالت الصحابة: لا تعقل العاقلة عمدًا.

وإن صدق الموصى له مدعى العمد، قضى لمدعى الخطأ بثلث الدية على عاقلة المدعى عليه بالخطأ؛ لما ذكرنا أن مدعى الخطأ أثبت ببينته جميع الدية للميت ثلثاها له ولأخيه وثلثها للموصى له إلا أن أخاه مع الموصى لما ادعى العمد، فقد أبطل حقهما،

بقي حق مدعى الخطأ، وذلك الثلث، وبقى لمدعى العمد فى مال المدعى عليه العمد بثلث الدية، وقضى للموصى له فى مال المدعى عليه العمد بسدس الدية؛ لأن مدعى العمد أثبت القصاص بينه وبين أخيه إلا أن أخاه أبطل حقه بدعوى الخطأ والإعراض عن دعوى العمد، فبطل حقه وانقلب نصيب مدعى العمد مالا، وهو نصف الدية غير أن فى زعم مدعى العمد للموصى له ثلث هذا النصف، ولم يوجد من الموصى له ما يوجب بطلانه، فيكون له ثلث هذا النصف[1] وهو سدس جميع الدية، ولمدعى العمد ثلث هذا النصف وهو ثلث جميع الدية، فصار الحاصل أن لمدعى الخطأ ثلث الدية، ولمدعى العمد ثلث الدية وللموصى له سدس الدية، فجملة ما وجب من الدية خمسة أسداسها.

وإن كذب الموصى له المدعيين أو صدقهما، فلا شيء له، أما إذا كذبهما فلان فى زعمه أن هذا الرجل مات حتف أنفه، ولا شيء له على أحد من بدل دمه ونفسه، وزعمه معتبرفى حقه، وأما إذا صدقهما فلان فى تصديقهما تكذيبهما معنى؛ لأن كل واحد منهما ادعى قتلا تفرد به المدعى عليه والقتل فى محل واحد مما لا يتكرر، فكان فى تصديقهما تكذيبهما معنى من هذا الوجه، فيبطل حقه، ويقضى لمدعى الخطأ بثلث الدية على عاقلة المدعى عليه الخطأ، ولمدعى العمد بثلث الدية فى مال المدعى عليه العمد؛ لأن كل واحد منهما لا يدعى لنفسه أكثر من ذلك.

وإن قال الموصى له: لا أدرى كان القتل عمدًا أو خطأ، فحق الابنين كما قلنا، ويقال للموصى له: لا بد لك من أن تصدق أحدهما حتى يقضى لك بشيء؛ لأن الحكم يختلف بالعمد والخطأ، ويصدق الموصى له مدعى العمد، أو مدعى العمد على نحو ما بينا، فإن صدق بعد ذلك أحدهما قبل تصديقه، ولا يبطل حقه بقوله فى الابتداء: لا أدرى، ؛ لأن هذا تثبت[2] منه ليتحرز به عن الغلط، فلا يكون إكذابًا لواحد من المدعيين، وقد يجهل المراد فى الابتداء أشياء لم يعلم به، فإذا صدق أحدهما بعد ذلك، فقد زعم أنه علم بعد ما جهله، فيقضى له.

ولو كان مكان الموصى له ابن ثالث للميت، وباقى المسألة بحالها، فهذا والأول

(١) زيد من بقية النسخ.

(٢) وفى م: "بثت".

سواء إلا في خصلة واحدة، إذ الابن الثالث لو صدق مدعي العمد قضى لهما بثلث الدية في مال القاتل لكل واحد منهما بالثلث، وفي الموصى له يقضى لهما بنصف الدية الثلث لمدعي العمد والسدس للموصى له. والفرق أن حق الابن الثالث يثبت في القصاص كما يثبت في المال، فمدعي العمد بإقامة البينة أثبت القصاص، وانقلب الثلثان مالا لكل ابن الثلث، أما حق الموصى له لا يثبت في القصاص على ما ذكرنا، فمدعي العمد ببينته أثبت القصاص بينه وبين أخيه إلا أن مدعي الخطأ أبطل حقه، وهو نصف القصاص وانقلب نصف الآخر مالا، فيكون للموصى له ثلث النصف، وهو سدس الكل، ثم في جميع ما ذكرنا إذا توى ما على العاقلة، وخرج ما على القاتل، أو خرج ما على العاقلة، وتوى ما على القاتل، فأراد الذى توى حقه أن يشارك الذى خرج حقه لا يكون له ذلك؛ لأن المال وجب لهما بسببين مختلفين، فإن سبب وجوب أحدهما القتل الخطأ، وسبب وجوب الاخر القتل العمد، والقتل العمد غير الخطأ، ولم تثبت الشركة في سبب الوجوب، فلا يثبت حق المشاركة في المقبوض، ولا فرق بين أن يكون المقضى عليه بالمال ابنين أو واحدًا، حتى لو ادعى أحدهما العمد، والآخر الخطأ على رجل لا عاقلة له، وقضى القاضي بكل واحد منهما بنصيبه في مال القاتل، فما قبض أحدهما لا يكون للآخر حق المشاركة معه؛ لأن العبرة لاختلاف السبب واتحاده، والعمد مع الخطأ سببان مختلفان -والله أعلم-.

الفصل الرابع والعشرون
فى الشهادة تبطل بعد قضاء القاضى بالقتل

١٩٥٥٨ - قال محمد رحمه الله فى "الجامع الكبير": رجلان شهدا على رجل أنه قتل ولى هذا الرجل خطأ، فقضى القاضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين، وقبضها الولى، ثم جاء المشهود بقتله حيًّا، كان للعاقلة الخيار إن شاؤوا، وضمنوا الولى؛ لأنه تبيّن أنه قبض ما ليس له ولاية قبضه، وإن شاؤوا، ضمنوا الشاهدين؛ لأنهم أتلفوا الدية على العاقلة حكمًا بغير حق، وهذا لأن التلف، وإن وصل بقضاء القاضى إلا أن الشاهدين بشهادتهما ألجأ القاضى إلى القضى، فإنهما جعلاه بحال لو امتنع عن القضاء، يأثم، فصار التلف الحاصل بقضاء القاضى بهذه الواسطة مضافًا إلى شهادة الشاهدين، فإن ضمنوا الولى، فالولى لا يرجع على أحد؛ لأنه ضمن بفعله، وملك المضمون حصل له، ولم يوجد من أحد جناية عليه بعد ما ملكه، وإن ضمن الشاهدين، فالشاهدان رجعا بما ضمنا على الولى؛ لأنهما بأداء الضمان ملكًا المضمون من وقت الإتلاف، فصار الولى جانيًا عليهما بأخذ ملكهما، فلهذا كان لهما حق الرجوع على الولى.

وإن شهدا بقتل العمد، وقضى القاضى بالقصاص، فقتله الولى، ثم جاء المشهود بقتله حيًّا لا قصاصًا على واحد منهم، أما الولى فلأن قضاء القاضى يصير شبهة فى حقه، وأما الشاهدان فلأنه لم يوجد منهما المباشرة، والقصاص جزاء المباشرة، ولكن ورثة القتيل بالخيار إن شاؤوا، ضمّنوا الولى، وإن شاؤوا، ضمنوا الشاهدين؛ لأن الولى قتله حقيقة بغير حق، والشهود قتلوه حكمًا بغير حق، فإن ضمنوا الولى لا يرجع على أحد؛ لما مر، وإن ضمنوا الشهود، لا يرجعون بذلك على الولى فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وعند أبى يوسف ومحمد: يرجعون.

فوجه قولهما: إن الواجب ههنا القصاص لكون القتل عمدًا إلا أنه انقلب مالا لتعذر استيفاءه والقصاص المنقلب مالا فى الانتهاء بمنزلة الواجب فى الابتداء، حتى

يقضى منه ديون الميت، وتنفذ وصاياه، ولو كان الواجب مالا من الابتداء، بأن كان القتل خطأ قد بينا أن الشهود يرجعون على الولى بما يضمنون، فههنا كذلك.

وأبو حنيفة فرق بين الفصلين، فقال: إذا كان الواجب مالا من الابتداء، فالشهود إنما يرجعون على الولى باعتبار أنهم ملكوا المضمون على ما مر، وهذا المعنى لا يتمكن تحقيقه فى القصاص المنقلب مالا؛ لأن المضمون هو الدم، والدم ليس بقابل للملك، فلهذا افترقا.

فإن قيل: ينبغى أن يظهر ملك المضمون هنا فى حق ملك البدل كمن غصب من آخر مدبرًا، وجاء آخر، وغصبه منه، فاختار المولى تضمين الأول، فيصير المدبر ملكًا له فى حق ملك البدل على الثانى، حتى كان للأول ولاية تضمين الغاصب الثانى.

قلنا: المدبر مال متقوم، ولهذا صح تسميته مهرًا فى باب النكاح إلا أنه تعذر نقله من ملك إلى ملك لحقه، ولما كان مالا متقومًا أمكن إظهار الملك فيه فى حق تمليك البدل، إن لم يمكن إظهار الملك فيه فى حق أحكام آخر، فأما الدم ليس بمال أصلا، ولهذا لا يصح تسميته مهرًا فى باب النكاح، فلم يمكن إظهار الملك فيه أصلا.

ولو كانت الشهادة فى الخطأ، أو فى العمد على إقرار القاتل، والمسألة بحالها، فلا ضمان على المشهود؛ لأن كذبهم لم يثبت فيما شهدوا به؛ لأن المشهود به هو الإقرار بالقتل لانفس القتل، وليس من ضرورة حياته عدم إقرار المشهود عليه بالقتل، وإنما الضمان على الولى فى الفصلين جميعًا؛ لأنه تبين أنه استوفى ما ليس له استيفاءه إلا أنه تعذر إيجاب القصاص فى العمد لمكان قضاء القاضى، فيجب الدية.

وكذلك لو شهدا على شهادة شاهدين على قتل الخطأ، وقضى القاضى بالدية على العاقلة، وباقى المسألة بحالها لا ضمان على الفروع؛ لأنه لم يثبت كذبهما إذ ليس من ضرورة حياة المشهود عليه عدم إشهاد الأصول الفروع على شهادتهم، ولكن برد الولى الدية على العاقلة؛ لأنه ظهر أنه أخذها منهم بغير حق.

ولو جاء الشاهدان الأصلان، وأنكرا الإشهاد، ولم يصح إنكارهما فى حق الفرعين، حتى لا يجب عليهما الضمان على الأصلين أيضًا، فمن مشايخنا من قال: هذا لا يشكل على قول أبى حنيفة وأبى يوسف؛ لأن الأصلين لو رجعا عن شهادتهما،

بأن أقرّا أنهما أشهداهما بباطل لا ضمان عليهما عندهما، فهنا أحق، وإنما يشكل على قول محمد؛ لأنه لو رجع الأصلان عن شهادتهما ضمنا عنده؛ لأن شهادة الأصلين صارت منقولة إلى مجلس القضاء بشهادة الفرعين، ، فكأنهما شهدا بأنفسهما، ثم رجعا، حتى ظن بعض مشايخنا أن جواب محمد محمول على ما إذا كان أنكر الأصلان الشهادة ولم يظهر المشهود بقتله حيًا.

وبعضهم قالوا: لا، بل جواب محمد فى الكل واحد، والعذر لمحمد رحمه الله أن شهادة الأصلين، إنما تصير منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة؛ لأنها موجودة فى غير مجلس القضاء حقيقة، والشهادة فى غير مجلس القضاء لا تكون سببًا للضمان.

وإن ظهر كذب الشهود فى الشهادة، فاعتبرنا الحكم حال رجوع الأصلين، واعتبرنا الحقيقة متى أنكر الأصلين الشهادة، ولم يرجعا عن شهادتهما عمداً بالدليلين بقدر الإمكان.

وإن قال الأصول: قد شهدناهما بباطل، ونحن نعلم يومئذٍ أنا كاذبين لم يضمنا شيئًا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وعند محمد: العاقلة بالخيار إن شاؤوا ضمنوا الأصل، وإن شاؤوا ضمنوا الولى، فإن ضمنوا الأصلين، رجعا على الولى، وإن ضمنوا الولى لم يرجع على الأصلين، فوجه قول محمد رحمه الله: إن شهادة الأصلين منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقةً، فعملنا بالحقيقة، والحكم على الوجه الذى مرّ.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا: القياس يأبى قبول الإشهاد؛ لأن المنقول إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة شهادة الأصلين فى غير مجلس القضاء، والشهادة فى غير مجلس القضاء ليس بحجة، والقضاء بما ليس بحجة لا يجوز، لكن تركنا قضية هذا القياس وجوزنا القضاء بها، وجعلنا شهادة الأصلين كالموجود فى مجلس الحكم لإحياء حقوق الناس، ولا ضرورة إلى جعلها كالموجود فى مجلس القضاء فى حق إيجاب الضمان بعد الرجوع، فبقى على أصل القياس.

الفصل الخامس والعشرون
فى مسائل الجنين وما يتصل به

١٩٥٥٩- إذا ضرب الرجل بطن امرأة، فألقت جنينًا ميتًا، فعلى الضارب الغرة، وهى عبد أو أمة قيمته خمسون دينارًا أو خمس مائة درهم، وهذا استحسان أخذ به علماءنا الثلاثة، والقياس أن لا يجب شيء، وهو قول زفر رحمه الله، لا شك فى حياة الجنين؛ لأنه يحتمل أنه لم ينفخ فيه الروح، فيشك فى ضمانه، لكن استحسنا، فأوجبنا الغرة بالآثار، فقد روى أبو المليح بن أسامة الهذلى: "أن رسول الله ﷺ قضى فى الجنين بالغرة"[١]، وهكذا روى المغيرة بن شعبة رضى الله عنه عن رسول الله ﷺ وهكذا روى سعيد بن المسيب، وهكذا روى عن عمر رضى الله عنه ويستوى فى ذلك الذكر والأنثى؛ لأن الآثار مطلقة ولا كفارة على الضارب عند علماءنا؛ لأن قضية القياس أن لا تجب الكفارة والضمان، لكن تركنا القياس فى الضمان بالآثار، ولا أثر فى الكفارة، فتبقى الكفارة على أصل القياس.

والمعنى فيه أن الجنين إذا انفصل ميتًا اعتبر ولدًا ونفسًا على حدة فى حق غيره من العباد فى حق بعض الأحكام حتى تصير الجارية أم ولد به، وتصير المرأة نفسًا به، ويحل للمرأة الازدواج، وفى حق نفسه اعتبر عضوًا من أعضاء الأم، حتى لا يسمى ولا يرث، وكذلك فى حق الله تعالى عضوًا من أعضاء الأم حتى لا تقام عليه صلاة الجنازة التى هى حق الله تعالى، قلنا: والكفارة حق الله تعالى، فيعتبر الجنين فى حق حكم الكفارة بمنزلة عضو من أعضاءها.

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" ٥/ ٢١٧٢ حديث (٥٤٢٧) والحاكم فى "المستدرك" ٣/ ٦٦٦ حديث (٦٤٦٠) ومالك فى "الموطأ" ٢/ ٨٥٥ حديث (١٥٥١) والشافعى فى "مسنده" ١/ ٣٤٨، والنسائى فى "سننه" ٨/ ٤٨ حديث (٤٨٢٠) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٥/ ٣٩١ حديث (٢٧٢٦٨) وأيضًا عبد الرزاق فى "مصنفه" ١٠/ ٥٥ حديث (١٨٣٣٣) والطبرانى فى "الكبير" ٢٠/ ٣٨١ حديث (٨٩٣) والدارقطنى فى "سننه" ٣/ ١١٦ حديث (١١٥) والبيهقى فى "الكبرى" ٨/ ١١٣ حديث (١٦١٨٥) والطبرانى فى "الأوسط" ٣/ ٢١٢.

والكفارة لا تجب بإتلاف أعضاءها، وإن خرج الجنين حيًّا، ثم مات، فعلى الضارب الدية كاملة، وعليه الكفارة؛ لأنه متى انفصل حيًّا يعتبر نفسًا وولدًا فى حق نفسه وفى حق غيره، سواء كان الحق لله تعالى أو للعباد، ألا ترى أنه يصلى عليه صلاة الجنازة، وألا ترى أنه يسمى ويرث، وألا ترى أن الجارية تصير به أم ولد، وتنقضى به العدة، فيجب كمال الدية، وتجب الكفارة؛ لأنه شبه العمد، ومن قتل طفلا شبه العمد، فإنه يجب الدية والكفارة.

قال: ويكون دية الجنين بين ورثته على فرائض الله تعالى يريد به الغرة إذا انفصل ميتًا، وهذا لما ذكرنا أن الجنين متى انفصل ميتًا من الأم يعتبر نفسًا وولدًا فى حق غيره من العباد، وأن يكون بدله لورثته من حق الغير، فيعتبر نفسًا وولدًا فى حق هذا الحكم، وصار فى حق هذا الحكم كأنه انفصل حيًّا.

وإنما لا يرث هو من أحد إذا انفصل ميتًا؛ لأن ذلك من حقه، وفيما هو حقه اعتبر عضوًا وجزءً من أجزاء الأم لا ولدًا ونفسًا، فإن مات الأم من الضرب، ثم خرج الجنين ميتًا، فلا غرة فى الجنين بخلاف ما إذا خرج الجنين حال حياة الأم، ثم ماتت الأم بعد ذلك أو لم تمت، فإنه يجب فى الجنين الغرة.

والفرق أن قضية القياس أن لا يجب فى الجنين شيء، لكن تركنا القياس بالسنة، والسنة وردت بإيجاب الغرة فيما إذا خرج الجنين حيًّا حال حياة الأم، فإن المروى فى حديث أبى المليح[1] كان لواحد منا امرأتان، فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط، فألقت ما فى بطنها ميتًا، أضاف الفعل وهو الإلقاء إليها، وإنما يضاف الإلقاء إليها حال حياتها لا بعد موتها، وفى حديث سعيد بن المسيب: "فألقت جنينًا، وماتت الأم"، وهذا تنصيص أن موت الأم كان بعد إلقاء الجنين، والنص الوارد بإيجاب الغرة فيما إذا خرج الجنين ميتًا حال حياة الأم، وقد يتمكن الشك فى ضمان الجنين من وجه آخر، وهو أنه يجوز أنه لم ينفخ فيه الروح، لا يكون واردًا بإيجاب الغرة إذا خرج ميتًا بعد موت الأم، وقد تمكن الشك فى وجوب الضمان من وجوه من حيث إنه يجوز إن لم ينفخ فيه الروح، ومن حيث إنه يجوز أن نفخ فيه الروح إلا أنه مات بسبب انقطاع الغذاء

(١) والحديث مضى تخريجه سابقًا.

بسبب موت الأم لا بالضربة، ومن حيث إنه يجوز أنه مات بسبب تحقيق الرحم وعم البطن؛ لأن الأم متى ماتت بتضييق رحمها، فقد تمكن الشك بعد موت الأم في وجوب ضمان الجنين من وجوه، وحال حياة الأم تمكن الشك من وجه واحد، فالنص الوارد ثمة لا يكون واردًا هنا.

وإن ماتت الأم من الضربة، فعلى الضارب دية الأم في ثلاث سنين، وإن كان في بطنها جنينان، فخرج أحدهما قبل موت الأم وخرج الآخر بعد موت الأم وهما ميتان، يجب في الذي خرج قبل موت الأم الغرة، ولا يجب في الذي خرج بعد موت الأم شيء؛ لأنهما لو خرجا ميتين قبل موت الأم، يجب قبلهم الغرة، ولو خرجا ميتين بعد موت الأم، لا يجب فيها شيء، فإذا خرج أحدهما قبل موت الأم، والآخر بعد موت الأم، يعطى لكل واحد منها حكم نفسه اعتبارًا لحالة الإجماع بحالة الانفراد.

قال: والجنين الأول وهو الذي خرج قبل موت الأم لا يرث من دية أمه شيئًا؛ لأنه لو انفصل حيًا، ثم مات قبل موت الأم، لم يرث من دية أمه شيئًا، فإذا انفصل ميتًا أولى، وترث الأم منه؛ لما ذكرنا أن بدل الجنين موروث بين ورثته وقت موته، والأم من إحدى ورثته وقت موته، والجنين الآخر وهو الذي خرج بعد موت الأم لا يرث من أحد؛ لأنه انفصل ميتًا، ولا يورث عنه؛ لأنه لم يكن[1] له شيء.

قال: وإن كان الذي خرج بعد موت الأم خرج حيًا، ثم مات، ففيه دية كاملة؛ لأنه لما خرج حيًا اعتبر نفسًا وولدًا، وصار الضارب قاتلا له شبه العمد.

قال: ويرث هذا الجنين من دية أمه، وما ورثت أمه من أخيه؛ لأنه كان حيًا وقت موت الأم، فيرث ما كان متروك أمه، ومتروك أمه ديتها وما ورثت الأم من أخيه، وهل يرث هذا الجنين من الجنين الأول وهو الذي خرج ميتًا قبل موت الأم؟ ينظر إن كان الأب حيًا لا يرث، وإن لم يكن الأب حيًا يرث؛ لأن الأخ يصير محجوبًا بالأب على ما عرف.

١٩٥٦٠- هذا إذا ضرب بطن حرة وألقت جنينًا ميتًا، وأما إذا ضرب بطن أمة وألقت جنينًا ميتًا، والأمة حية ينظر إن كان هذا الحمل حرًا، بأن كان هذا الحمل من

(١) وفي ظ: "لم يجب".

المولى تجب الغرة ذكرا كان أو أنثى؛ لأن وجوب الغرة عرف بالحديث، والحديث ورد في الجنين الحر من غير فصل بينهما إذا كان الأم حرة أو كانت أمة، فيتناول الكل.

وإن كان الجنين رقيقًا ذكر في ظاهر الرواية عن أصحابنا أنه يقوم على الهيئة واللون التي انفصل لو كان حيًا، ثم ينظر إن كان ذكرا يجب عليه نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى يجب عليه عشر قيمتها.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف: أنه قال: يضمن الضارب نقصان الولادة إن نقصها الولادة، ولا شيء عليه في الجنين، وإن لم تنقصها الولادة، فلا شيء عليه.

فالكلام بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف رحمهم الله فرع لمسألة أخرى أن الجناية الخطأ على المماليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بمنزلة الجناية على الأحرار، حتى قالا: لا يزاد موجبها على الدية، وتتحملها العاقلة، ثم في الجنين الحر الغرة، وذلك نصف عشر ديته إن كان ذكرًا، وعشر ديته إن كان أنثى، ففي جنين الأمة يجب بحساب ذلك من قيمته؛ لأن القيمة في المماليك بمنزلة الدية في الأحرار.

وعند أبي يوسف: الجناية في المماليك بمنزلة الجناية في البهائم، ومن ضرب بطن بهيمة، وألقت جنينًا ميتًا، فإنه لا يضمن في الجنين شيئًا، ويضمن نقصان الولادة، فكذا هنا.

قد ذكرنا أن على قول أبي حنيفة ومحمد: يقوم الجنين بعد انفصاله ميتًا على لونه وهيئته لو كان حيًا ينظر كم قيمته بهذا المكان، فإذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكرًا يوجب نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى يجب عشر قيمته، ولو ضاع الجنين، ولم يمكننا تقويمه باعتبار لونه وهيئاته على تقدير أنه حي، ووقع التنازع في قيمته بين الضارب وبين مولى الأمة المضروبة، كان القول قول الضارب لإنكار الزيادة، وهذا كمن قتل عبدًا خطأً لم يشاهده القاضي قبل قتله حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيئاته لو كان حيًا، ووقعت المنازعة بين صاحب القتيل والقاتل، جعل القول قول القاتل مع اليمين، كذا هنا.

فإن قيل: ربما لا يمكن الوقوف على ذكورة الجنين وأنوثته فماذا يجب؟

قلنا: نأخذ بالمتيقن كمن قتل عبدًا خطأً والمقتول خنثى مشكل، فإنه يجب المتيقن،

كذا هنا.

فإن قيل: ربما ينفصل من غير رأس، فلا يمكن تقويمه؛ لأنه لا يوجد على هذا الوصف في السوق؟

قلنا: في هذه الصورة لا يضمن شيئًا؛ لأنه تبين أنه لم ينفخ فيه الروح، والروح لا ينفخ من غير الرأس، وإنما تجب القيمة على تقدير أنه نفخ فيه الروح.

ثم ما يجب في جنين الأمة يكون في مال الضارب؛ لأن الوجوب على العاقلة بخلاف القياس بالنص، والنص ورد بإيجاب الضمان على العاقلة في جنين الحرة، فيرد جنين الأمة على أصل القياس.

١٩٥٦١- وفي "المنتقى": إذا ضرب بطن أمة[1]، فألقت جنينًا حيًّا، ومات وقد نقصها الولادة كان على الضارب قيمة الجنين في ماله حالة، ، وإن كان فيها وفاء بنقصان الولادة، فلا شيء عليه من نقصان الولادة، وإن لم يكن فيها وفاء، فعليه إتمام ذلك.

١٩٥٦٢- وفيه أيضًا: رجل ضرب بطن جارية، فألقت جنينًا ميتًا، ومات الأم، قال أبو حنيفة: على الضارب قيمة الأم في ثلاث سنين، وأما إذا ضرب بطن امرأته وألقت جنينًا ميتًا، فقد ذكر في "الجامع الصغير" على عاقلة الأب الغرة؛ لأن الأب يساوي الأجنبي في سبب وجوب الغرة وهو القتل والضرب، فيساوي في وجوب الغرة، ولا يرث الأب منه؛ لأنه باشر قتله، والمباشر لا يرث وإن كان مخطئًا، ولا كفارة على الأب؛ لما ذكرنا.

١٩٥٦٣- وفي "المنتقى": رجل ضرب بطن امرأته، فألقت جنينًا حيًّا، ثم مات، ثم ألقت جنينًا ميتًا، ثم ماتت الأم بعد ذلك، وللرجل الضارب بنون من غير هذه المرأة، وليس له ولد من هذه غير هذا الذي ولدت عند الضربة، ولها إخوة من أمها، وأبيها، فعلى عاقلة الأب دية الولد الذي وقع حيًّا، ثم مات، يرث من ذلك أمه السدس، وما بقي فلإخوة هذا الولد من أبيه، وعلى الأب كفارتان: كفارة في الولد الواقع حيًّا، وكفارة في أمه، وأما الولد الذي سقط ميتًا، فإن فيه غرة على عاقلة الأب خمسمائة، ويكون للأم من ذلك السدس، وما بقي، فهو للولد الذي وقع حيًّا، وترث الأم من ذلك

---

(١) هكذا في الأصل وظ، وكان في ف وم: "امرأة".

السدس أيضًا متى ما ورث الابن الذى وقع حيّا من غرة الابن الذى وقع ميتًا؛ لأن لها سدس جميع ما كان للابن الذى سقط حيًا، ويصير ما ورث الأم من جميع ذلك لإخوتها، وإنما ورث الابن الحى من غرة الميت؛ لأن الغرة إنما وجبت بالضربة، وهو فى ذلك الوقت حىّ. ولو كان الرجل ضرب بطنها بالسيف عمدًا، فقطع البطن، ووقع أحد الولدين حيًا، وبه جراحة السيف، ثم مات، ووقع الآخر ميتًا، وبه جراحة السيف أيضًا، ثم ماتت الأم من ذلك، فعلى الرجل القود فى الأم، وعلى عاقلته دية الولد الحى، وغرة الجنين الميت؛ لأنه ضرب البطن، ولا يرى ولدًا، فصار ذلك فى الولد خطأ، والميراث على ما وصفتُ لك فى المسألة الأولى -والله أعلم-.

١٩٥٦٤- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": إذا ضرب بطن أمة، ثم إن المولى أعتق ما فى بطنها، ثم إنها ألقت جنينًا حيًا، فمات، فعليه قيمته حيًا، قال بعض مشايخنا: يريد بالقيمة الدية، وهذا لأن الضرب فى الحال حصل فى الأم، لا فى الجنين؛ لأنه لا يعرف كونه ضربًا فى الجنين ما لم يكن حيًا، ولا يعرف كونه حيًا إلا بعد الانفصال، وبعد الانفصال هو شخص على حدة، فلم يكن فعل الضرب جناية على الولد إلا بعد الانفصال حيًا، وبعد الانفصال حيًا، هو حرّ، فيضمن الدية.

وقال بعضهم: لا، بل المراد حقيقة القيمة؛ لأن الجناية قد تمت من الجانى وهو رقيق، فإنه يصير قاتلا بالضرب السابق، لكنها لم يعتبر فى حق الجنين مقصودًا بعد الانفصال، فأشبه الرمى الذى بعد جناية من الرامى، ولم يعتبر فى حق الرمى إلا بعد الانفصال، وهناك إذا وجد العتق، ولم يعتبر فى قول أبى حنيفة، حتى وجب إثبات القيمة، كذا هنا، فإن كان هذا بالاتفاق صار هذا حجة لهما على محمد.

ثم اختلف المشايخ فيما بينهم: أن هذا الأرش لمن يكون منهم؟ من قال: يكون لورثة الجنين؛ لأنه وجب هذا بعد الانفصال، وبعد الانفصال كان حرًا، ومنهم من يقول: يكون للمولى لأن بعد الانفصال صار جانيًا بالضرب السابق، ووقت الضرب كان عبدًا، فيكون للمولى.

١٩٥٦٥- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف: رجل أعتق ما فى بطن أمته، ثم ضرب رجل بطنها، فألقت جنينًا ميتًا، وله أب حرّ، فعلى الضارب ما فى جنين الحرة،

وذلك الغرة، وهى للأب دون المولى.

١٩٥٦٦- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: رجل قال لأمته الحبلى: أحد الوُلد الذين فى بطنك حر، ثم مات، فضرب إنسان بطنها، فألقت جنينين ميتين غلامًا وجارية، قال أبو يوسف: على الجانى نصف غرة، وذلك خمسمائة؛ لأن أحدهما حر، وعليه أيضًا فى الغلام ربع عشر قيمته لو كان حيًّا؛ لأنه فى حال حر، وفى حال عبد، فعلى الجانى فيه نصف ما يكون عليه فى الحر ونصف ما يكون فى العبد، فعليه نصف خمسمائة وربع عشر قيمته، وعليه فى الجارية نصف عشر قيمتها؛ لأنها فى حال حرة، وفى حال أمة.

١٩٥٦٧- وفى "المنتقى": قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا ضرب الرجل بطن امرأته، فألقت جنينًا ميتًا، فلا كفارة عليه، ولا ترث منه، وإن ألقت جنينًا ميتًا قد استبان من خلقه شيء شعر أو ظفر، ثم ماتت هى من تلك الضربة، ثم ألقت جنينًا حيًّا، ومات، ففى الأول الغرة، وفى الأم الدية، وفى الجنين الثانى الدية كاملةً.

١٩٥٦٨- قال فى "الزيادات": رجل اشترى من آخر جارية، وقبضها، ثم إن المشترى وطئها، وحبلت منه، ثم إن الجارية ضربت بطن نفسها متعمدة أى متعمّد إسقاط الجنين، وألقت جنينًا ميتًا، أو شربت من الدواء ما يوجب سقوط الولد متعمدة، أو وضعت فى قبلها ما يطرح به الولد، فأدخلته فى الرحم، فسقط الجنين ميتًا، ثم استحقها رجل بالبينة، وقضى القاضى للمستحق بالجارية، والعقر على المشترى، يقول المشترى للمستحق: إن أمتك قتلت ولدها، وإنه ولد هذا الرجل، وإنه حر؛ لأنه ولد المغرور وولد الزوج والجنين مضمون بالغرة، فادفع أمتك، أو افدها بغرة الجنين الحر، وإنما شرط محمد التعمد فى فصل الجارية، وتفسيره أن يقصد إسقاط الجنين؛ لأنها ليست بمباشرة للإتلاف، بل هى مسببة إلى ذلك، والتسبيب إنما يوجب الضمان بوصف التعمد بشرط تعمدها إسقاط الولد لتصير متعدية فى التسبيب، وعلى هذه الحرة إذا فعلت ذلك بنفسها، كان على عاقلتها الغرة، ويشترط أن يكون متعمدة فى فعلها؛ لما ذكرنا، وهذا إذا فعلت بغير إذن الزوج وبغير إذن المولى، فإن فعلت ذلك بإذنهما، فلا ضمان.

وسئل أبو القاسم عن امرأة شربت الدواء، فألقت جنينًا ميتًا، لا غرة عليها، وتأويله إذا شربت دواء لا يوجب سقوط الولد، وإن كان يوجب سقوط الولد لا تتعمد هى ذلك.

وقال أبو بكر فى عين هذه الصورة: إنها إذا أسقطت سقطًا، فليس عليها إلا التوبة والاستغفار، وإن كان جنينًا، فعليها غرة، وتأويله إذا شربت دواء، يوجب سقوط الولد، وتعمدت ذلك.

وفى "فتاوى أبى الليث": فى امرأة شربت دواء، فألقت، أو حملت حملا ثقيلا، فألقت جنينًا ميتًا، إن على عاقلتها خمسمائة وضح[1] فى سنة واحدة لوارث الحمل لما كان أو غيره، وإن لم يكن لها عاقلة، ففى مالها فى سنة، قال أبو يوسف بن عيسى: وتأويله ما ذكرنا.

وفى "المنتقى": رواية مجهولة: امرأة شربت دواء، فأسقطت، وكان شربته لغير ذلك يعنى بغير إسقاط الولد، فعليها الغرة، ولا كفارة عليها فى قول أبى حنيفة ومحمد، ولاترثه، وقال بعضهم: عليها الكفارة، هذا الجواب خلاف جواب "الزيادات".

وفى "فتاوى النسفى": سئل عن مختلعة وهى حامل احتالت لإسقاط العدة بإسقاط الولد، قال: إن سقطت بفعلها، وجب عليها غرة، ويكون ذلك للزوج.

وفى "العيون": إذا ضرب بطن امرأة حامل، فأصاب يد الولد فى بطنها، فقطعها، ثم ولدته حيًا، فنصف الدية على عاقلته؛ لأنه خطأ.

١٩٥٦٩- وإذا اشترى أمة حاملا، فلم يقبضها حتى أعتق ما فى بطنها، ثم ضرب إنسان بطنها، فألقت جنينًا ميتًا، خيّر المشترى، إن شاء، أخذ الأمة بجميع الثمن، وأتبع الجانى بأرش الجنين أرش حرّ، ويطيب له الفضل؛ لأن الجناية بعد العتق، والعتق قبض، وإن شاء فسخ البيع فى الأمة، ولزمه الولد بحصة من الثمن؛ لأنه الجارية، انتقصت فى يد البائع، ولو كان للجنين أب حرّ، أو وارث آخر مقدم على مولى العتاقة، فأرش الجنين له فى الوجهين، ولا شىء للمشترى.

---

(١) فى الأصل: درهم.

الفصل السادس والعشرون
فى مسائل الضرب والأمر به

١٩٥٧٠- الأب إذا ضربه ابنه الصغير تأديبًا، فعطب من ذلك، ينظر إن ضربه بحيث لا يضرب للتأديب، أو حيث يضرب، ولكن فوق ما يضرب للتأديب، فإنه يضمن الدية، وعليه الكفارة، وإن ضربه حيث يضرب للتأديب مثل ما يضرب للتأديب، فعليه الدية والكفارة عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء عليه، وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف: أن عليه الكفارة.

وعلى هذا الخلاف الوصى إذا ضرب الصغير تأديبًا. الزوج إذا ضرب زوجته حيث يضرب للتأديب مثل ما يضرب له حال نشوزها، ضمن بالإجماع.

والأب أو الوصى إذا سلم الصغير إلى معلّم يعلم له القرآن، أو عملا آخر، فضربه المعلّم للتعليم، إن ضربه بإذن الأب حيث يضرب مثل ما يضرب للتعليم، فلا ضمان، لا على المعلّم، ولا على الأب، أو الوصى، وفى "المنتقى" عن أبى حنيفة وأبى يوسف: أن عليه الكفارة، وإن ضربه حيث لا يضرب، أو فوق ما يضرب للتعليم، فالمعلّم ضامن.

أما الكلام فى المعلّم إذا ضرب بإذن الأب أو الوصى، فإنما لا يجب الضمان على المعلّم، لأن المعلّم معين الأب فى الضرب، بيانه: أن اللأب ولاية ضرب الصغير تأديبًا ورياضةً شرعًا، فيملك الاستعانة بغيره فى ذلك.

قلنا: وأمكن جعل أمر الأب المعلّم استعانة، وجعل المعلّم معينًا للأب فى ذلك؛ لأن منفعة هذا الضرب لا يحصل للمعلّم بوجه من الوجوه، وإنما يحصل الولد، وهذا هو حدّ الإعانة أن يعمل الإنسان لغيره عملا بأمره يعود منفعته إلى الآمر، فجعلنا المعلّم معينًا من هذا الوجه، والمعين لا يضمن بحال، فلا يجب الضمان على الأب، والوصى جميعًا أيضًا بخلاف ما إذا ضرب حيث لا يضرب، أو فوق ما يضرب للتعليم؛ لأن فعل المعلم فى هذه الصورة لم يصر منقولا إلى الأب والوصى؛ لأن فعل الإنسان بأمر الغير

إنما ينتقل إلى ذلك الغير بقدر ما صح الأمر، وإنما يصح الأمر من الأب بقدر ما للأب، والذى للأب أصل الضرب لا الضرب المؤدى إلى التلف.

وأمّا الكلام فى الأب والوصى: فوجه قولهما: إن الأب فى هذا الضرب معين، بيانه: أنه أمر بالضرب شرعًا لمنفعة تعود إلى الصغير وهو إصلاحه، فإن منفعة صلاح الصغير تعود إلى الصغير دينًا ودنيا، وهذا هو حد الإعانة فى الفعل، فصار نظير المعلم، بخلاف الزوج إذا ضرب زوجته على قولهما؛ لأنه مأذون بضرب المرأة لاستيفاء حقه، فإن منفعة ترك النشوز عائدة على الزوج، والأمر بالضرب شرعًا لاستيفاء الضارب حقه، يجوز أن يتقيد بشرط السلامة كالأمر بالرمى إلى الصيد.

فوجه قول أبى حنيفة: وهو الفرق بين المعلم وبين الأب، أن المعلم معين فى الضرب على ما مر، فأما الأب فهو ليس بمعين، بل هو مستوفٍ حقه؛ لأن منفعة ضرب الصغير، وهى صلاح الصغير يعود إلى أب الصغير، وما يحصل للولد من المنفعة، فهو كالحاصل به للأب بحكم البعضية. قلنا: واستيفاء الإنسان حقه يتقيد بشرط السلامة كما فى فصل الزوجة، ثم جعل الأب ضامنًا بضرب نفسه، ولم نجعله ضامنًا بأمر المعلم إياه بالضرب؛ لأن الأب فى الضرب بنفسه مباشر، والمباشر يجوز أن يضمن، وإن لم يكن متعديًا فى المباشرة كما فى ضرب الزوج زوجته، فأما الأب فى الأمر مسبب، وليس بمباشر، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا فى التسبب، أما إذا لم يكن متعديًا، فلا يضمن. قلنا: والأب فى أمر المعلم بضرب الصغير ليس بمتعدّ؛ لأن للأب ولاية ضرب الصغير لإصلاح الصغير، فلهذا افترقا.

قال هشام فى "نوادره" عقيب مسألة المعلم: قلت لمحمد: إن لم يكن الأب؟ قال: له فى أمر الضرب شيئًا، قال: يضمن المعلم، ورأيت فى بعض النسخ أن الأب إذا ضرب الصغير، إنما يضمن على قول أبى حنيفة: إذا كان الأب ضربه للتأديب، أما إذا كان ضربه لتعلم القرآن لا يضمن كالمعلم، فإذا لا فرق بين ضرب المعلم بإذن الأب، وبين ضرب الأب إذا كان الضرب للتعليم.

وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرح كتاب الإجارات: أن فى ضرب الأب ابنه وفى ضرب الزوج زوجته روايتان عن محمد: فى رواية: يضمن، وفى رواية: لا

يضمن، وأما الوالدة إذا ضربت ولدها الصغير للتأديب، فلا شك أنها تضمن على قول أبي حنيفة.

وقد اختلف فيه المشايخ على قولهما: بعضهم قالوا: لا تضمن؛ لأن للأم ولاية تأديب الصغير كما للأب، وبعضهم قالوا: هي ضامنة؛ لأن الضرب تصرف في النفس، وليس لها ولاية التصرف في النفس أصلا.

وفي "كتاب العلل": للزوج أن يضرب امرأته ليعيدها إلى مضجعه، وإذا ماتت من ضربه ضمن. وفيه ليس للزوج أن يضرب امرأته على ترك الصلوات، وللأب أن يضرب ابنه على ترك الصلاة، وذكر في كتاب الفرائض في باب ميراث القاتل مسألة الأب إذا ضرب ولده للتأديب على الخلاف الذي ذكرنا، وذكر مسألة المعلم إذ ضرب الصغير بإذن الأب على الاتفاق على نحو ما ذكرنا، قال محمد ثمة: وهذا عندنا من أبي حنيفة ترك لقوله، قيل: هذا من محمد دعوى المناقضة على أبي حنيفة، ووجهه أن إذن الأب لما أثر في إسقاط الضمان عن المعلم، ففعل الأب بنفسه كيف يوجب الضمان على الأب، وحال الأب أقوى من حال المعلم، وذكر الناطفي في كتابه: ما يصلح جوابًا عن هذا، ولم يذكر الناطفي هذا الدعوى في كتابه، والذي ذكره الناطفي: أن الإنسان قد يستفيد أمرًا من جهة غيره، ثم يكون حاله أقوى من حال ذلك الغير كالمعلم والأب والوصي هنا، وكذلك الأب لا يبيع مال ولده الكبير، ووصي الأب يملك ذلك.

وقيل: هذا من محمد استدلال على رجوع أبي حنيفة عن قوله في فصل الأب، ووجهه أن إذن الأب لما أثر في سقوط الضمان، ففعل الأب في نفسه أولى أن يؤثر في منع الضمان، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، فقد ذكر في "شرحه": أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما، قال: هو الصحيح.

١٩٥٧١- وفي "العيون": إذا قال لرجلين: اضربا مملوكي هذا مائة سوط، فليس لأحدهما أن يضربه المائة كلها، فإذا ضربه أحدهما تسعة وتسعين، ففي القياس يضمن ضارب الأكثر، وفي الاستحسان: لا يضمن؛ لأنه وجد الضرب منهما، وهو نظير ما لو قال لامرأتين له: إن أكلتما هذا الخبز، فأنتما طالقتان، فأكلتاه، طلقتا، وإن أكلت إحداهما عامة الخبز، والأخرى بعضه.

الفصل السابع والعشرون
فى مسائل البزاغ والفصاد والحجام والختان ومن أشبههم

١٩٥٧٢- البزاغ والفصاد والحجام إذا بزغ، أو فصد، أو حجم، وكان ذلك بإذن المولى فى العبد، وبإذن الولى فى الصبى، وسرى إلى النفس ومات، فلا ضمان عليهم، وكذا الختان على هذا، فهؤلاء لا يضمنون السراية بلا خلاف، وإنما كان كذلك لأن هذه الأفعال حصلت بإذن من يلى الإذن به، وفعل المأذون فيما وافق إذن الآذن ينتقل إلى الآذن، فكأن المالك فعل بنفسه أو الأب فعل بنفسه، وهناك لا يجب عليه ضمان السراية، فكذا هنا، وإذا شرط السلامة عن السراية إلى هؤلاء لا يصح الشرط؛ لأنه ليس فى وسعة التحرز عن السراية، ولو شرط على الفصاد السلامة عن الخوف، صح؛ لأن فى وسعه التحرز عنه ذكره شيخ الإسلام فى باب ما يضمن الأجير.

وإذا قال لغيره: اقطع يدى، فقطع وسرى إلى النفس ومات فلا ضمان على القطع؛ لأن القطع قد حصل بإذن من يلى القطع، وقد وافقه المأذون فيه، فانتقل القطع إلى الآذن، وصار كأن الآذن قطع يده بنفسه.

١٩٥٧٣- وإذا قطع الختان بعض الحشفة فى العبد أو فى الصبى، فعليه حكومة عدل، وإن قطع الحشفة كلها، فإن برئ، فعليه فى العبد كمال القيمة، وفى الصبى كمال الدية، وإن مات، ففيه نصف الدية فى الصبى ونصف القيمة فى العبد؛ لأنه إذا مات، فالتلف حصل بفعلين: أحدهما: مأذون فيه، وهو قطع الجلدة. والثانى: غير مأذون فيه، وهو قطع الحشفة، فيجب نصف الضمان، أما إذا برئ فقطع الجلدة مأذون فيه، فجعل كأن لم يقطع الحشفة، غير مأذون فيه، فوجب ضمان الحشفة كاملا وهو الدية.

فإن قيل: قطع الحشفة أفضى إلى التلف، فقطع الجلدة بدليل مشروعية قطع الجلدة، فلا يستوى بينهماكما فى قطع الطرف مع جزء الرقبة.

قلنا: عنه جوابان: أحدهما: ممنوع إن قطع الحشفة أفضى، والتفاوت فى المشروعية لتعلق المصلحة بقطع الجلدة دون الحشفة، ألا ترى أن حد الجلدة أوفر منها ليس بمشروع، وقطعها مشروع، وإن كان قطعها أفضى إلى التلف، الثانى: أنهما جنس واحد بمعنى أن كل واحد منهما ليس إتلافًا قطعًا، والتفاوت بين مثل هذين غير معتبر؛ لأنه لا يمكن ضبطه[1] بخلاف الجزء مع قطع الطرف؛ لأن الجزء إتلاف قطعى، وقطع الطرف محتمل، فاختلفا جنسًا، فلا يسوى بينهما، والتفاوت بين مثل هذا.

فإن قيل: لو قطع رجل يد غيره من الرسغ، ثم جاء آخر، وقطع من المرفق، ومات يجب القصاص أو الدية عندكم على الثانى، وعلى ما ذكرتم يجب أن يكون عليهما.

قلنا: الفعلان وإن تجانسا فيما ذكرنا، فإنما يسوى بينهما إذا لم يفرق الثانى محل الأول، لو قطع أحدهما يده، والآخر رجله أو يده الأخرى، أما إذا فوت الثانى محل الأول، كما قد[2] ذكرتم من الصورة، فلا؛ لأن الأول يفوت بفوات محله، فصار كفواته معنى بالبرء، بل أولى؛ لأن البرء يحتمل الانتقاض وفوات المحل، وإذا فات الفعل الأول بالثانى لم يبقَ للأول عبرة كما لو برئ الأول، وأضيف التلف إلى الثانى، فوجب ضمانه إلى فاعل الفعل الثانى، بخلاف ما إذا لم يفت الأول بالثانى، وهنا قطع الجلدة، وقطع الحشفة لا يفوت محل أحدهما بالثانى، فيبقى الأول ومع الثانى، فأمكن اعتبارهما، فيعتبر كل واحد منهما، وكذا كل جزء حين لا يفوت محل أحدهما بالآخر، فهما يعتبران جميعًا.

(١) هكذا فى م وف وظ، وكان فى الأصل: "قطعه".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى غيرها "كما فيما ذكرتم".

الفصل الثامن والعشرون
في المتفرقات

١٩٥٧٤- رجل قطع يد رجل عمدًا، ثم إن المقطوعة يده قتل ابن القاطع ، ثم مات المقطوعة يده، فعلى قاطع اليد دية اليد وبطل دم ابنه؛ لأن قاتله قد مات ، في "المنتقى" : وفيه أيضًا : رجل قتل عمدًا وله أخ معروف ، فأقر أخوه بابن للمقتول ، وادعى ذلك الابن وهو كبير ، كان للمقر له القود ، قال أبو الفضل : هذا الجواب خلاف ما في "الأصل" .

١٩٥٧٥- وفي "نوادر هشام" عن أبي يوسف : رجل قتل ، فجاء رجل ، وادعى أنه عبده ، وأقام البينة ، وشهد الشهود أنه كان عبده ، فأعتقه وهو حر اليوم ، فإن كان له وارث قضيت لوارثه بالقصاص في العمد ، وبالدية في الخطأ، وإن لم يكن له وارث ، فلمولاه قيمته في العمد والخطأ؛ لأنه يقول في الخطأ : لي القيمة ، وفي العمد يقول : هو عبد والشهود شهدوا أنه حر ، فقد دخلت شبهة .

١٩٥٧٦- في "نوادر ابن سماعة" : قال : سمعت أبا يوسف رجل في يديه صبي صغير قطع يد الصغير عمدًا، ثم قال القاطع للذي في يديه : هو عبدك ، وقال الذي في يده الصبي : هو ابني ، فلا أصدقه على أنه ابنه ، ولا أقضي له ، ولو قال القاطع : هو حر إلا أنه ليس بابنك ، وقال صاحب اليد : هو ابني ، فإني أقتص له ؛ لأنه يصدق على أنه ابنه ، وقد أقر القاطع أن عليه القصاص له ، فإن مات من الجناية ، ثم قال الجاني : هو حر ، وليس بابنك ، قال الذي في يده : هو ابني لا أصدقه على ذلك .

فإن قال القاطع بعد موته من الجناية : هو عبدك ، وقال الذي كان في يده : هو ابني لاأصدقه ، وقال محمد : إذا قال الجاني : هو عبدك ، وقال الذي كان في يده : هو ابني ، وقال : هذه المقالة قبل موت المجني عليه ، فعلى الجاني القود؛ لأنه لا يخلو من القصاص عبدًا كان له أو ابنه .

١٩٥٧٧- وفى "المنتقى" : رجل جرح، فقال : فلان قتلنى، ثم مات، فأقام وارثه بينة على رجل آخر أنه قتله لا تقبل بينته ؛ لأن هذا حق أبيه، وقد أكذبه بقوله : فلان قتلنى، وذكر بعد هذه المسألة بمسألتين عن أبى يوسف رجل جرح، فقال : فلان جرحنى، فأقام ابن له بينة على ابن له آخر أنه جرحه خطأ، فإنى أقبل البينة على الابن ؛ لأنا نحرمه عن الميراث بذلك، فلما أجزنا ذلك فى الميراث، جعلنا الدية على عاقلته.

١٩٥٧٨- قال هشام : سمعت محمدًا يقول : فى رجل أدخل نائمًا أو مغمى عليه فى بيته، فسقط البيت عليه، قال : لا يضمن إلا فى المعتوه والصبى.

١٩٥٧٩- وفى "المنتقى" : رجل فقأ عينى عبد، وقطع الآخر رجله أو يده فبرئ، وكانت الجناية منهما معًا، فعليهما قيمته أثلاثًا، ويأخذان العبد، فيكون بينهما على قدر ذلك، فكذلك كل جراحة كانت من اثنين معًا، جراحة هذا فى عضو، وجراحة الآخر فى عضوء ليستغرق ذلك القيمة كلها، فإنه يدفعه إليهما، ويغرمان قيمته على قدر أرش جراحتهما، ويكون بينهما على ذلك وإن مات منهما، والجراحة خطأ، فعلى كل واحد منهما أرش جراحته على حدة من قيمة عبد صحيح وما بقى، فعليهما نصفان.

وإن علم أن أحد الجراحتين قبل الأخرى، وقد مات منهما، فعلى الجارح الأول أرش جراحته من قيمته صحيحًا، وعلى الجارح الثانى أرش جراحته من قيمته مجروح الجراحة الأولى، وما بقى من قيمته، فعليهما نصفان، فإن برئ منهما، والجراحة الأخيرة تستغرق بالقيمة والجراحة الأولى لا تستغرق، فعلى الأول أرش جراحته وعلى الثانى قيمة مجروح جرح الأول، ويدفعه العبد إليه، ولو كانت الجراحة الأولى هى التى تستغرق القيمة، فعلى الجارح الثانى أرش جراحته ؛ لأنه لا يدفع إليه، وقد حدث فيه ما حدث.

١٩٥٨٠- إذا جرح رجل رجلا جراحة، يعلم أنه لا يعيش أكثر مما يعيش منها، إلا أنه يعلم أنه يعيش أكثر مما يعيش المذبوح بعد الذبح، فجاء آخر وجز رقبته ذكر القاضى الإمام على السغدى فى "شرح السير الكبير" : أن القصاص على الثانى، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده فى "شرح السير" : أن فيه اختلاف المشايخ : بعضهم قالوا : يجب القصاص على الجازّ، وهكذا ذكر فى بعض روايات "النوادر"، وبعضهم قالوا :

لا قصاص على واحد منهما، ويجب الدية على الثانى، وهذا لأن فعل الأول قتل، ألا ترى أنه تزهق به الروح، وإن انعدم الثانى، فيصير شبهة فى إضافة القتل إلى الجز، والقصاص لا يجب مع الشبهات، أما المال يجب مع الشبهات، فأجبنا الدية على الثانى، ولم يوجب القصاص على واحد منهما لهذا.

١٩٥٨١- من أمسك رجلا حتى جاء آخر، وقتله عمداً أو خطأ، فلا شيء على المسك عندنا، وعلى القاتل القصاص فى العمد والدية فى الخطأ، وهى مسألة كتاب الديات، وعلى هذا من أمسك رجلا حتى جاء آخر، وأخذ دراهمه، فضمان الدراهم على الآخذ عندنا لا على المسك.

١٩٥٨٢- وفى "الجامع الصغير": رجل دفع امرأة بكراً أجنبية[1] فسقطت، فذهبت عذرتها، فعليه مهر المثل فى ماله والتعذير، قال: ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة، ولو دفع امرأته، ولم يدخل بها، فذهبت عذرتها، ثم طلقها، فعليه نصف المهر، وهذا قول أبى حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف، وعند محمد: وإحدى الروايتين عن أبى يوسف: عليه جميع المهر.

وحكى عن الفقيه الإمام الزاهد أبى حفص والفقيه أبى نصر الدبوسى: أن من دفع امرأة غيره، فذهبت عذرتها، قال محمد: عليه صداق مثلها، وفى غصب "العيون": جارية دفعت جارية أخرى، فذهبت عذرتها، قال محمد: عليه صداق مثلها، قال: بلغنا عن عمر رضى الله عنه فى جاريتين، فدافعا فى حمام، فذهبت عذرة إحداهما، تضمن الأخرى صداق مثلها، والمسألة صارت واقعة الفتوى ببخارى وسمرقند.

١٩٥٨٣- ابن سماعة عن محمد: حر معه سيف وعبد معه عصا، فالتقيا وضرب كل واحد منهما صاحبه حتى قتله، وماتا، ولا يدرى أيهما بدأ بالضرب، فليس على ورثة الحر، ولا على مولى العبد شيء من قبل أن الحر إذا كان بدأ، فقد وجب عليه القصاص، وقد قتله العبد، وقد كان على مولى العبد دفعه؛ ليقتله ولى الحر، وقد قتله الحر، وإن كان العبد هو الذى بدأ بالضرب، فقد قتله الحر، فلا شيء لورثة الحر؛ لأن الجانى على أبيهم قد قتل، ولا شيء على ورثة الحر من جناية أبيهم على العبد؛ لأن

(١) وفى ظ "أجنبيتين".

أباهم قد قتله، وكان عليه القصاص، فذلك هدر.

وإن كان السيف بيد العبد والعصا بيد الحر، فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد، ولا شيء لورثة الحر على مولى العبد من قبل أن العبد إن كان هو البادئ، فقد وجب القصاص وقد قتله الحر، فلا شيء على الحر، ولا شيء لمولى العبد فى هذا الوجه، وإن كان الحر هو البادئ، فقد وجب قيمة العبد على عاقلة الحر، فلما ضربه العبد بعد ذلك بالسيف، فقد قتله، ووجب على العبد القصاص، فلما مات العبد من ضرب الحر بطل حق ورثة الحر، فعلى عاقلة[1] الحر قيمة العبد فى حال، ولا شيء في حال، فكان عليهم نصف قيمة العبد.

وإن كان بيد كل واحد منهم عصا، وضرب كل واحد منهما صاحبه، وشجه موضحة، ثم ماتا، ولا يدرى من الذى بدأ بالضرب، فعلى عاقلة الحر قيمة العبد صحيحًا لمولاه، ثم يقال لمولاه: ادفع من ذلك قيمة الشجة إلى ولى الحر؛ لأن وجوب ذلك المقدار لهم بيقين، وله أيضًا: نصف عشر قيمة العبد صحيحًا، وليس له إن كان الحر هو الذى البادئ، فله نصف ذلك، وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شيء منه، حتى يعلم أنه له.

١٩٥٨٤- بشر بن الوليد عن أبي يوسف: فى رجلين ضرب كل واحد منهما صاحبه هذا بالسيف، وهذا معه عصا فماتا، ولا يدرى أيهما بدأ قال: على صاحب العصا نصف دية صاحب السيف على قاتله، وليس على صاحب العصا شيء؛ لأنه كان له القود، وقد بطل ذلك حين مات الآخر.

١٩٥٨٥- وإذا جرح الرجل عمدًا بالسيف، فأشهد المجروح على نفسه أن فلانًا لم يجرحه، ثم مات المجروح من ذلك، فهذا على وجهين: إما أن يكون جراحة فلان معروفة عند الناس والقاضى، أو لم يكن، فإن كانت معروفة عند القاضى والناس، فهذا الإشهاد منه لا يصح؛ لأن الإشهاد منه حصل على ما هو كذب بيقين، فإن إقراره أن فلانًا لم يجرحه، وفلانًا قد جرحه كذب بيقين، والكذب مما لا يتعلق به حكم، فصار وجوده والمعدوم بمنزلة.

---

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى ف وم: "فعلى ورثة الحر".

فإن قيل : يجب أن يكون جحود الجراحة كناية عن الإبراء ، حتى لا يلغو كما يجعل جحود المتبائعين للبيع كناية عن الفسخ كيلا يلغو .

قلنا : جحود السبب إنما يجعل كناية عن الفسخ فى موضع ، كان السبب قابلا للفسخ ، فإن جحود العقد فى الماضى والمستقبل جميعًا ، والفسخ ينفى العقد فى المستقبل إن كان لا ينفيه فى الماضى ، ففى مثل هذا الموضع جحود السبب يجعل كناية عن الفسخ ، وذلك نظير البيع وسائر العقود القابلة للفسخ ، فأما إذا لم يكن السبب قابلا للفسخ ، فإن جحوده[1] لايجعل كناية عن الفسخ عن إسقاطه كتجاحد الزوجين فى باب النكاح لما تعذر أن يجعل كناية عن الفسخ ؛ لأنه يقبل الفسخ بتراضيهما ، لم يجعل كناية عن الطلاق الذى هو إسقاط النكاح . قلنا : والجراحة بعد وقوعها لا تقبل الفسخ كالنكاح ، فلا يجعل كناية عن استيفاءها ؛ لأن نفى الجراحة استيفاء لها ، ولا يجعل كناية عن الإبراء الذى سقط الدين ؛ لأن نفى الجراحة لو تحقق لا يكون سببًا لسقوط الواجب بالجراحة ؛ لأن ما يجب بالجراحة لا يجب من غير الجراحة .

وإن لم يكن جراحة فلان معروفة عند القاضى ، وعند الناس كان إقراره أن فلانًا لم يجرحه محتملا للصدق ، فيجعله صدقًا ، وكان المقذوف إذا أقر أن فلانًا لم يقذفه ، ولم يكن قذف فلان معلومًا عند القاضى ، يجعل إقراره صدقًا ، كذا هنا .

١٩٥٨٦ - قال محمد فى " الأصل " : رجل ضرب رجلا مائة سوط ، برئ من تسعين ، ومات من عشرة ، فعليه الدية لا غير ، يريد به إذا جرحه الأسواط ، وهذا لأنه ما برئ من التسعين صارت تلك الأسواط ملحقة بالعدم ، فصار كأنه لم يضربه إلا عشرة الأسواط ، وهناك يجب الدية لا غير ، كذا هنا ، وهذا جواب أبى حنيفة فى كل جراحة اندملت ، وعن أبى يوسف : أنه يجب فى هذا حكومة العدل ، وعن محمد : أنه يجب ثمن الأدوية وأجرة الطبيب .

قال الفقيه أبو الليث : ما ذكر من الجواب فى الكتاب : أنه يجب الدية لا غير جواب ما إذا برئ من التسعين ، ولم يبقَ لها أثر ، أما إذا بقى لها أثر : ينبغى أن يجب أرش الضرب ، وذلك حكومة عدل بالأسواط التى برئ منها ، وتجب الدية بالقتل

(١) زيد من ف وم وظ .

بالعشرة الأسواط، وقد ذكرنا فى صدر الكتاب فيما إذا لم يبقَ للجراحة أثر خلافًا بين أبى يوسف ومحمد، وإن لم يجرحه السياط، فلا شيء سوى الدية.

١٩٥٨٧- وفى "فتاوى أبى الليث": رجل دخل على رجل، فأذن له فى الجلوس على وسادة، فجلس عليها، فإذا تحتها قارورة وفيها دهن لا يعلم، فاندقّت، وذهب الدهن، ضمن الجالس الدهن، وما تخرق من الوسادة وفسد؛ لأن ذلك من جلوسه، ولو كانت القارورة تحت مُلأة وقد غطاها، فأذن له بالجلوس عليها، فلا ضمان على الجالس، وإن كان أذن له بالجلوس على سطح، فانخسف به، فوقع على مملوك الآذن، ضمن.

قال الفقيه أبو الليث: قال بعض مشايخنا: لا ضمان على الجالس فى الوسادة كما فى المُلأة، قال: وهو أقرب إلى القياس، وبه نأخذ؛ لأن الوسادة لا تمسك الجالس كالمُلأة بخلاف السطح.

وفى إجارات القدورى: إذا ادعى الرجل قومًا إلى منزلة، فمشوا على سباط، أو جلسوا على وسادة، فتخرق لم يضمنوا، ولو كان متقلدًا سيفًا، فخرق السيف الوسادة لم يضمن.

١٩٥٨٨- فى "الجامع الصغير" عن محمد: فيمن اجتمع عليه الصبيّان والمجانين يريدون قتله، ولا يقدر على دفعهم إلا بالقتل، قال: ليس له أن يقتلهم، قال عمر بن سفيان: قلت لمحمد: إن القاضى أبا مطيع يقوله: له أن يأتى على أنفسهم بالدفع عن نفسه، قال عمرو: فرآنى محمد فى الطواف، فقال: يا خراسانى! القول ما قال صاحبكم، كذا حكى عنه محمد ابن سلمة، وعن أبى نصر بن سلام قال: سأل المعلى بن منصور محمدًا عن المجنون أو الصغير إذا قصد قتل رجل فقتله، قال: إنه ضامن، قال المعلى: قلت لمحمد: إن صاحبنا يقول: لا ضمان، وعنى به أبا مطيع، قال المعلى: كنت فى الطواف إذا أنا بناخس ينخس فالتفت، فإذا محمد ابن الحسن قال: يا خراسانى! القول ما قال صاحبكم، قال الشيخ: وبه يفتى؛ لأنه لا حيلة له غيره.

وكان نصير يفتى بالضمان فى الصبى والمجنون والبهيمة، إذا قتله الرجل دافعًا،

وكان الفقيه أبو بكر يفتى بعدم الضمان؛ لأنه لا حيلة له غيره[١]، قال الفقيه أبو الليث: هذا القول خلاف ما قاله فى الراويات الظاهرة.

١٩٥٨٩- وفى الفتاوى: جاء رجل من خلف سائر، فصدمه الجائى، فعطب الجائى، فلا ضمان على السائر، ولو عطب السائر، فضمانه على من خلفه.

١٩٥٩٠- وفى "الجامع الأصغر": قال أبو نصر الدبوسى فيمن قطع يد عبده، أو قتله: إن عليه التعزير.

١٩٥٩١- وفى الفتاوى عن خلف قال: سألت أسد بن عمر عمن ضرب آخرًا بيده أو برجله، ومات منه، قال: هذا شبه العمد. وقال الحسن: كذلك إذا لجّ فى الضرب حتى مات، فأما إذا ضربه بأجرة لا يخاف عن مثلها الموت مع هذا مات، فهو خطأ، قال أبو الليث الكبير: قول أسد أحب إلى.

١٩٥٩٢- وفى "المنتقى": عن محمد قال: فى رجل قصد أن يضرب آخرًا بالسيف، فأخذ المضروب السيف بيده، فجذب صاحب السيف السيف من يده، فقطع السيف أصابع الآخر قال: إن كان من غير المفاصل[٢]، فعلى الجاذب الدية، وإن كان من المفاصل، فعليه القصاص.

١٩٥٩٣- وفى "المنتقى": رجل قتل عمدًا، وله ابنان وامرأة، فعفت المرأة عن الدم، ثم إن أحد الابنين قتل القاتل، وهو يعلم بالعفو، فعليه الدية فى ماله فى ثلاث سنين، يرفع عنه من ذلك ما كان له على قاتل الأب.

١٩٥٩٤- روى الحسن بن مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: رجل قتل عبد رجل عمدًا، فقال له السيد: أبرأتك عن عبدى لا يكون مبرئًا له عن قيمته وعليه القيمة؛ لأن العبد ليس عليه عبد قتل مولاه عمدًا، فلا رواية لهذه المسألة فى الكتب الظاهرة.

قال الفقيه أبو جعفر: وينبغى أن يقتل إخوان لأب وأم قتل أحدهما أباه عمدًا، وقتل الآخر الأم عمدًا، فللأول أن يقتل الثانى بالأم، ويسقط القصاص عن الآخر؛ لأن

---

(١) زيد من بقية النسخ.

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى ف: "من المفاصل".

الأول لما قتل الأب صار القصاص موروثًا بين الابن الآخر وبين المرأة، للأم من ذلك الثمن، فإذا قتل الآخر الأم صار الثمن الذى ورثته الأم من الأب ميراثًا للأول، فيسقط ضرورة.

١٩٥٩٥- وإذا جنى على عبد إنسان، ثم دبره مولاه لا تهدر السراية، بل تكون السراية مضمونة على الجانى؛ لأنها تجب لمن وجد ابتداء الجناية على ملكه وهو المولى، وكان المستحق لأصل الجناية والسراية واحد، فأما بعد العتق والكتابة لا يمكن ضمان إيجاب السراية؛ لأنها لو وجبت إما أن تجب للمكاتب والمعتق، أو للمولى، لا وجه إلى الأول؛ لأن ابتداء الجناية لم يكن على حصتهما، والسراية تبع للبداية، ولا وجه إلى الثانى؛ لأن السراية حصلت، والمجنى عليه زائل عن ملك المولى حقيقة بالإعتاق، وحكمًا بالكتابة، ولهذا لو وجد ابتداء الجناية فى هذه الحالة كان موجبها للمعتق[1] والمكاتب، وإذا هدر إيجاب موجب السراية، هدرت بطريق الضرورة.

١٩٥٩٦- وإذا جنى على مكاتب إنسان، ثم أدى المكاتب، فعتق، ثم مات المكاتب من تلك الجناية، كان على الجانى قيمة المكاتب لا الدية، وإن مات حرًا؛ لأن أصل الجناية أوجبت القيمة لمصادفتها الرقيق، والسراية تبع للجناية؛ لأنه من آثارها، فلا يختلف موجب الأصل باعتبار التبع.

١٩٥٩٧- جناية الإنسان على مكاتب نفسه تجب فى مال الجانى، ولا تجب على عاقلته، صارت نفسًا، واقتصرت على ما دون النفس، والجناية على مكاتب الغير متى صارت نفسًا تجب فى مال الجانى كما فى القن.

إعتاق المكاتب مما لا يقطع سراية الجناية الحاصلة فى حال الكتابة إعتاق العبد المدبر وكتابتهما تقطع.

قال فى "المنتقى": رجل شهد له رجلان على رجل أنه قتل ابن هذا فلان، وشهد آخر أن لهذا الرجل على هذا الرجل أيضًا: أنه قتل ابن هذا فلان سميا ابنًا آخر له غير الذى سمياه للأول، فزكى الفريق الأول، ولم يزكّ الفريق الثانى، فدفع المشهود عليه إلى المشهود له ليقتله، فقال المشهود له: أنا أقتلك بابنى الذى لم يزكّ الشهود على

(١) وفى م: "للعتق".

قتله، ولا أقتلك بابنى[١] الذى زكى الشهود على قتله[٢]، ثم قتله، فلا شيء عليه، ولو قال: ما قتلت بابنى[٣] الذى زكى الشهود على قتله، وإنما قتلت ابنًا آخر لى كان عليه الدية استحسانًا، وفى القياس عليه القتل.

١٩٥٩٨- وفى "المنتقى" قال محمد: فى نصرانى شهد عليه نصرانيّان أنه قتل ابن هذا النصرانى عمدًا، فقضى عليه بالقصاص، ودفع إليه ليقتله، فأسلم، فإنى أرده عنه القتل، وأجعل عليه الدية، وروى الحسن عن أبى حنيفة: فى مسلم قطع يد عبد النصرانى عمدًا، فأقام العبد بينة من النصارى أن مولاه كان أعتقه قبل أن يقطع هذا المسلم يده، قبلت شهادتهم على العتق، ولا أقضى له بالقصاص، وله نصف القيمة، ولو كان الشهود رجلا وامرأتين من المسلمين أوجبت له القصاص فى اليد.

١٩٥٩٩- وفى "المنتقى": الحسن عن أبى حنيفة: رجل أقام بينة على رجل، أنه قتل أباه عمدًا عام أول، وأقام آخر بينة على أن أبا هذا المدعى قطع يده أمس، فإنه يؤخذ بأول الوقتين، ولو أقام بينة أنه قتل أباه عام أول، وأقامت امرأة بينة أن أباه تزوجها منذ شهر، وإنه مات عنها، وإنها وارثة، فالقاضى يقضى للابن بدية أبيه، وتبطل بينة المرأة، ولا يقضى لها بالمهر ولا بالميراث إلا أن تجيء بالولد، فإن جاءت بولد لستة[٤] أشهر أو ثمانية أشهر منذ يوم ادعت أنه تزوجها، وأقامت على ذلك بينة، فإن أباحنيفة كان يستحسن أن يثبت النسب، ويأخذ بينة المرأة، وتبطل بينة الابن على القتل.

١٩٦٠٠- وفى "المنتقى" رواية الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: فى أخوين لأب ادعى أحدهما على رجل أنه قتل أباه يوم النحر بمكة من سنة كذا، وادعى الآخر عليه أنه قتل أباه ذلك اليوم بكوفة، وأقام البينة، وادعى على رجل آخر، وأقامها البينة، فإنه يقضى لكل واحد منهما بنصف الدية.

١٩٦٠١- وفيه أيضًا: عن أبى حنيفة فى جارية قتلت ابن رجل عمدًا، فدفعها المولى إلى أبى المقتول، فوطئها أبو المقتول فولدت، فقال مولى الجارية: دفعتها إليه

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "يا بنى".

(٢) زيد من بقية النسخ.

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "يا بنى".

(٤) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: "لتسعة".

لتقتلها، وقال أبو المقتول : لا، بل صالحتنى عليها من الدم، فإنه يردها وعقرها، والولد عبد، ولا سبيل لأبى المقتول على الجارية ؛ لأنه يقر سقوط القصاص حين ادعى الصلح عليها، ولا يصدق فى الصلح لإنكار المولى ذلك .

١٩٦٠٢- قال هشام فى "نوادره" : قال محمد رحمه الله عن جاريتين بين رجلين جاءت بولد، فجنى الولد جناية، ثم ادعاه أحدهما، قال : تلزمه الدية كلها فى ماله .

١٩٦٠٣- وفى "المنتقى" : رجل قال : قتلت فلانًا، ولم يسمّ عمدًا، ولا خطأ، قال : أستحسن أن أجعل ديته فى ماله .

١٩٦٠٤- وفى "نوادر هشام" قال : سألت محمدًا عن قوم حاصروا حصنًا للعدو، ونصبوا عليه بالمنجنيق، ورمى بعضهم بالمنجنيق، فأصاب الحجر حائط الحصن، ثم عاء إلى المسلمين، فقتل مسلمًا، والرامى به وارثه قال : لا يرثه، وعليه الكفارة والدية على العاقلة، وإن وقع الحجر فى الحصن وقتل ابن الرامى أو كان أبوه فى صف المشركين وهو مسلم جاؤوا به، فأصابه الحجر فقتله، قال : هنا يرثه ؛ لأنه قد أبيح له من قتل فى الحصن، وفى صف المشركين أن يقتله إلا أنه لا يقصد أباه، ولا كفارة عليه .

١٩٦٠٥- قال فى جنايات "الجامع الصغير" : رجل شهر على المسلمين سيفًا قال : حق على المسلمين أن يقتلوه، ولا شيء عليهم ؛ لأنه صار فى معنى الحربى، والجواب فى الحربى كذلك .

١٩٦٠٦- وفيه : رجل شهر على رجل سلاحًا، فضربه فقتله آخر بعد ذلك، فعلى القاتل القصاص يريد بهذا أن الشاهر ضرب المشهور عليه، فلم يمت المشهور عليه، وترك الشاهر الضرب، فانصرف، فجاء رجل، وقتل الشاهر بعد ما انصرف، فعلى القاتل القصاص ؛ لأنه لما ترك الضرب وانصرف، فقد عاد عصمته، فإذا قتله غيره، فقد قتل شخصًا معصومًا، فيجب عليه القصاص، وقد مر كثير من هذه المسائل فى آخر كتاب السرقة .

١٩٦٠٧- وإذا طعن الرجل برمح فى بطن أو غيره، فصار لا يتمسك الطعام فى جوفه، بل يلقيه، ففيه الدية، وإذا ضرب إنسانًا على عجزه، فسلس بوله، وصار لا

يستمسك، ففيه الدية، وإذا قطع فرج المرأة، فصارت لا تستطيع أن تجامع، ففيه الدية، وإذا ضربت امرأة، فصارت مستحاضة، تنتظر حولا، فإن برئت وإلا يقضى بالدية، وفى مسألة سلس البول يجب أن ينتظر حولا أيضًا بخلاف مسألة الطعن فى البطن -والله أعلم بالصواب-.

فهرس المحتويات